Der
Widerruf der Schenkung

nach

Gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation,

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Schreiber

Referendar aus Eberswalde.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1903.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0011

Disposition.

Seite

I. Begriff der Schenkung. 7

1. Gemeines Recht und Quellen. 7
2. BGB. 13

II. Begriff des Widerrufs. 15

1. Allgemein. 15
2. Speziell der Schenkung. 18

a. Rechtliche Natur. 18

α) Gemeines Recht. 18
β) BGB. 30

b. Umfang (Abgrenzung gegen ähnliche Vorgänge). 31

α) Gemeines Recht. } Anfechtung, Nichtigkeit, nicht volle Gültigkeit, Schenkung unter Ehegatten, Schenkung von Todeswegen.
β) BGB. }

γ) Besondere Arten. 39

αα) Kompetenz.
ββ) donatio sub modo.
γγ) Rückforderungsrecht der Verlobten.

III. Historische Entwickelung des Widerrufs. 43

(Voraussetzungen desselben).

1. Gemeines Recht. 43
2. BGB. 54

IV. Form des Widerrufs. 59

1. Gemeines Recht. 59
2. BGB. 59
3. Verschiedene Ansichten im gemeinen Recht. 59

V. Wirkungen des Widerrufs. Seite

1. Rückforderungsanspruch. 6
   a) Gemeines Recht.
   b) BGB.
2. Umfang der Restitution. 6
   a) Realschenkung.
      α) Zwischen Schenker und Beschenkten
      β) Zwischen Beschenker und Dritten.
      γ) Zwischen Schenker und Dritten.
   b) Schenkungsversprechen. 6

VI. Übertragbarkeit des Widerrufs. 6

1. Durch Erbgang. 6
   a) Gemeines Recht. 6
      α) ältere Lehre.
      β) Unvererblichkeit der Widerrufsbefugnis.
   b) BGB. 7
2. Durch Cession. 7

VII. Ausschluß des Widerrufs. 7

1. Aus prinzipiellen Gründen. 7
   (Die remuneratorische Schenkung).
2. Speziell: 8
   a) Tod des Schenkers oder des Beschenkten.
   b) Verzeihung.
   c) Verzicht.
   d) Verstreichenlassen einer Frist.

I. Begriff der Schenkung.

Bevor wir mit der Behandlung unseres eigentlichen Thema's — des Widerrufes der Schenkungen — beginnen, erscheint es notwendig, auf den Grundbegriff der letzteren selbst einen Blick zu werfen.

Was ist eine Schenkung?

Wir sehen dieselbe seit jeher im wirtschaftlichen Leben aller Kulturvölker eine große Rolle spielen; sie ist auch heute ein wichtiger Faktor im täglichen Verkehre.

Das Trinkgeld, welches ich dem Kellner reiche, Geburtstags-, Hochzeitsgaben an Verwandte, Freunde, freiwillige Zahlungen an Arme oder an wohltätige Anstalten, zu wissenschaftlichen Zwecken an Schulen, Bibliotheken gegeben, alles dieses fassen wir im gewöhnlichen Sprachgebrauch unter die Bezeichnung „Schenkung" zusammen. Da sie alle Zweige des Volkslebens ergreift, sah sich die Rechtsordnung, als Förderin und Schützerin desselben, veranlaßt, sowohl der Schenkung selbst, wie dem Schenker und Beschenkten ihre Aufmerksamkeit zuzuwenden und Regeln bezüglich aller entstehenden Verhältnisse aufzustellen.

Daß wir in Rom erst verhältnismäßig spät ein solches Vorgehen finden, darf uns nicht Wunder nehmen, denn

„ein alter Römer als bedachtsamer, sorgsamer pater „familias war der Schenkung abgeneigt.“ [1]

Wie uns Polybius lib. 32 cap. 12, 9 berichtet, erschien es dem egoistischen Sinne der Römer als etwas Unerhörtes, aus freien Stücken einem Anderen von dem Seinigen zu schenken, weil man Erschöpfung sowohl des eigenen Vermögens, als auch von dem müheloſen Erwerbe einen verderblichen Einfluß auf den Beschenkten befürchtete.

Dieses galt jedoch nur von dem donum, der freien Gabe. Munera, Gelegenheitsgeschenke zu bestimmten Zwecken oder auf besondere Veranlassung, aber notgedrungen, waren ohne Zweifel schon in frühester Zeit Sitte.[2]

Hierzu kam, daß es die römische Gesetzgebung vermied, in die Vermögenssphäre der einzelnen Individuen anders, als durch dispositive Vorschriften einzugreifen, weil jeder über seine Vermögensrechte verfügen kann und soll, wie er will, und von seinem Eigentum geben kann, wem er will:

„Iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam „rerum suarum alienationem.“ [3]

Uralt [4] ist allerdings in Rom das Verbot der

---

1) Karlowa Rechtsgeschichte II, S. 585. Vergleiche auch Schilling III, S. 305, S. 750; Meyerfeld I, S. 366 f.; Savigny, Zeitschrift IV, S. 15; Pollack S. 20, A. 22. Letzterer gibt eine Reihe von Aussprüchen römischer Juristen als Beispiele dafür, daß der römische Volkscharakter wenig zum Verschenken neigte. Iherings Zweck S. 276 ff.

2) Vergl. l. 194; l. 214 D. 50,16. Anderer Ansicht Brummer, Commentarius ad legem Cinciam, welcher den Unterschied zwischen donum und munera in der Größe der Zuwendung sieht.

3) l. 2. D. 37. 12.

4) Jedoch bestritten. Nach anderer Ansicht ist das Verbot erst nach der l. Cincia aufgekommen. Vergl. hierüber Savigny, System IV, § 165, A. c. S. 195.

Schilling III, § 357. A. r. S. 877.

Schenkungen unter Ehegatten. Dieses aber ist eingeführt nicht um der Schenkung des Vermögens willen, sondern um die Ehegatten gegen unlautere Unterstellungen zu schützen und die Würde der Ehe nicht zu gefährden. Wegen der Leichtigkeit der Ehescheidung nämlich benutzten viele, Männer wie Frauen, diese Gelegenheit, sich zu bereichern, indem sie nur gegen namhafte Geschenke sich zur Fortsetzung der Ehe bereit erklärten, bezw. eine Ehe eingingen, bald aber sich wieder trennten, um von neuem dasselbe Spiel zu beginnen.[1]

Erst im 3. Jahrhundert v. Chr. finden wir in Rom das erste Gesetz, die lex Cincia, in bezug auf Schenkungen, welche allmählich sehr in Aufnahme gekommen waren.

Bald folgten im Laufe der Zeit weitere Vorschriften, auf die wir unten zurückkommen werden. Man wollte einerseits durch diese Gesetzgebung den Gefahren vorbeugen, welche darin lagen, daß der einzelne durch unbedachtsame, leichtsinnige, über seine Vermögensfähigkeit gehende Liberalitäten sich wirtschaftlich ruinieren und so indirekt das Staatswohl gefährden könnte; andererseits aber suchte man demjenigen einen Schutz zu gewähren, welcher trotz vorheriger, genauer Erwägung aller Folgen seiner Freigebigkeit dennoch wegen nachträglich eingetretener, unvorhergesehener Umstände seine Handlungsweise bereute.

Außerdem war es Aufgabe der Rechtsordnung, durch geeignete Maßnahmen den Beschenkten gegen unberechtigte

---

1) Vergl. hierüber Dernburg, Pand. III. S. 46. Eine andere Erklärung geht aus von der civilrechtlichen Unmöglichkeit der Schenkung in der Manusehe, welche dann durch Verbot auf die freie Ehe übertragen ist. Vergl. Pollack S. 10 Anm. 10. Hiergegen Savigny System IV, § 162, A. a.

Rückforderungen seitens des Schenkers sicher zu stellen, auch etwaige Benachteiligungen dritter Personen zu verhüten.

Mit der Festsetzung besonderer Gesetze in Bezug auf die Schenkung war es aber auch für die römischen Juristen notwendig geworden, sich mit dem Begriff der Schenkung näher zu beschäftigen, um ein Urteil zu haben, wann eine Liberalität unter die gesetzlichen Vorschriften falle, und wann nicht.

Dennoch finden wir in den Quellen keine eigentliche, präzise Definition des Begriffs der Schenkung.

Die römischen Juristen liebten es nicht, zu definieren, denn:

„omnis definitio periculosa est.“ [1]

Sie trafen vielmehr ihre Entscheidung an der Hand einzelner Fälle, wobei sie mit dem Begriffe der Schenkung als einem gegebenen operierten.

Aus diesen zerstreuten Entscheidungen müssen wir uns eine Definition abzuleiten suchen. Da das Wort donatio wohl ursprünglich ein fester Begriff gewesen ist, aber im Laufe der Zeit seine Bedeutung gewechselt hat, so ist nicht wunderbar, daß die Rechtslehrer des gemeinen Rechts zu keiner einheitlichen Darstellung des Begriffs der Schenkung gelangt sind.

Diese Controverse hat eine solche Ausdehnung genommen, daß Bekker am Ende seiner Betrachtungen über die Schwierigkeit der Schenkungslehre mit Recht sagt:

„sie liege gleichsam im Zentrum der verfließenden „Gegensätze.“ [2])

---

1) l. 202. D. 50, 17.

2) Bekker, Pand. II, § 102. Beilage I, S. 173.

Darin sind die Juristen einig, daß durch die Gabe eine Liberalität erwiesen werden müsse.

Wie aber dieser Begriff näher zu begrenzen sei, damit die gesetzlichen Bestimmungen auf ihn Anwendung finden können, darüber herrscht Zweifel.

Savigny legt seiner Definition die Bestimmungen zu Grunde, welche Ulpian für die Schenkung unter Ehegatten in l. 5. § 8. D. 24, 1 gegeben hat,[1] und fordert demnach eine Vermögensmehrung des Beschenkten.

Gegen diese Ansicht Savigny's, die Bestimmung für die Schenkung unter Ehegatten, allgemein auf alle Schenkungen auszudehnen, ist vielfach in der Litteratur angekämpft worden.[2]

Man hat daher auf Grund der l. 1. pr. D. 39, 5 den animus donandi als wesentliches Merkmal erfordert:

„dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis „fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam „aliam causam facit, quam ut liberalitatem et muni- „ficentiam exerceat."

Andere wieder sehen die Schenkung als einen Vertrag[3] an, ausgehend von l. 19. § 2. D. 39, 5: „non potest liberalitas nolenti adquiri."

---

1) Die Stelle lautet: „eam donationem demum impediri „solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet „locupletiorem."

2) Siehe Burckhard Begriff S. 8, S. 20 f. „als quellenwidrig."

3) **Für die Vertragsnatur** Böcking I § 106, A. 12, S. 366/67; v. Vangerow I. § 121, A. III; Unger II. S. 159—197. Sie sehen diese Einigung wohl als Vertrag, aber nicht als obligatorischen Vertrag an. Es ist die Willenseinigung zwischen Schenker und Beschenkten ein Vertrag, wie man jedes Rechtsgeschäft, zu dem consensus erforderlich ist, einen Vertrag nennt. Siehe ferner Puchta

Näher auf diese Controverse einzugehen, ist angesichts des Thema's hier nicht der Ort.[1]) Ebenfalls nur erwähnt sei, daß auch die Stellung der Schenkung im Rechtssystem,[2])

J. § 205 S. 52 Text und Anm. p.; Wendt S. 175; v. Wächter II. § 196. S. 433; Reatz Schenkung S. 193 § 6; Bekker § 102 Beilage V S. 182; Alfred Pernice, Zeitschrift S. 217, A. 2. Vergleiche dagegen Burckhard „Annahme" S. 8, welcher Pernice zu denjenigen rechnen will, „die die Schenkung nicht in allen Fällen als einen Vertag erachten." Dernburg, Pand. II. § 106, Nr. 3 S. 292. Oertmann, Kommentar II. S. 231, 2; Windscheid II. § 365, A. 5 auf Grund der l. 18 pr. D. 12,1 **Gegen die Vertragsnatur:** Meyerfeld § 6 S. 34 ff.; Savigny System IV. §§ 160, 168: „Da der Beschenkte „nicht obligiert wird, ist eine Annahme nicht denkbar. Erforder„lich die Schenkungsannahme von Seiten des Beschenkten nur „insofern, als ohne Annahme eine Vermögenszuwendung nicht „zu Stande kommen kann, z. B. die Schenkung durch Eigentums„übertragung, nicht aber Schenkung durch Bezahlung einer fremden „Schuld. Diese Vertragsnatur ist jedoch nicht in ihrem Wesen „als Schenkung begründet, sondern in der besonderen Natur „des Rechtsgeschäft, wodurch sie gerade bewirkt wird."

Schilling III, S. 766 A. dd. Nach ihm ist Schenkung im eigentlichen Sinne nur ein Vertrag; Sintenis I, § 23 S. 205; Lenel, Archiv Bd. 79 S. 68, als nicht begründet in den Quellen.

Siehe über Schenkungsannahme Burckhard eod tit. und die dort angeführte Literatur.

1) Über den Begriff der Schenkung siehe Burckhard, Begriff; seine Definition S. 128, 137 ff. Dogmengeschichtliche Entwickelung des Begriffs S. 76—107 Siehe auch die in Anm. 3 S. 11, A. 2, S. 12, A. 1, S. 13 dieser Arbeit genannten Autoren. Auch Pollack S. 1 ff. in den Anmerkungen ausführliche Entwickelung und Literatur.

2) Nach den justinianeischen Institutionen (pr. J. II. 7) ist die Schenkung eine Art des Eigentumserwerbs, weil die Vermögenszuwendung, durch welche die Schenkung vollzogen wird, hauptsächlich, und in der ältesten Zeit ausschließlich, im römischen Recht durch Eigentumsübertragung geschah. Vergl. hierüber Savigny, System IV, S. 2; Schilling III, S. 783 f; Heimbach S. 641 ff.; Windscheid II, § 365, A. 7. A. 18; Burckhard, Begriff S. 51 ff., Belege dafür daß in den römischen Quellen bei Schenkung in erster Linie an sofortige Eigentumsübertragung gedacht ist. Burckhard, Stellung

wie die Frage nach der Scheidung in „Schenkung im engeren" und „Schenkung im weiteren Sinne" [1]) Anlaß zu vielen Meinungsverschiedenheiten gegeben hat.

Diese vielfachen Schwierigkeiten der Schenkungslehre werden zum großen Teil, wenn auch nicht gänzlich beseitigt durch die Legal-Definition des BGB. in § 516 Abs. 1, welche lautet:

S. 1—21, Untersuchung der Gründe zu dieser Stellung der Schenkung unter den Eigentumserwerb. Allmählich aber wird die Schenkung auch auf andere unentgeltliche Zuwendungen von Vermögensvorteilen ausgedehnt, desgleichen fehlte es nicht an Versuchen, sie an anderer Stelle unterzubringen. Siehe Burckhard, Stellung, S. 21 ff.; Eccius, Preußisches Privatrecht II, S. 5 f. So wird von Vielen nach der Anregung Heises die Schenkung im Obligationen-Recht untergebracht, sei es im allgmeinen Teil derselben, sei es unter den einzelnen Forderungsrechten, während Puchta (Inst. II, § 205, Pand. § 68 A. d.) und ihm folgend Savigny (System IV, S. 3 ff.) die Schenkung als einen „allgemeinen Charakter, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können", betrachtete und sie in dem allgemeinen Teil unter „Entstehung und Endigung der Rechte", erläuterte, eine Lehre, welche viele Anhänger gefunden hat. (Genaues hierüber Burckhard Stellung S. 24—46. Anders Windscheid II, § 365 A. 18 und die dort Citierten.)

Von den neueren Juristen folgen dieser Anordnung Bekker Pand. II, S. 176 f. Zitelmann sogar für das BGB. S. 133 ff Meyerfeld I, S. 89—92 schlägt sogar vor, einen besonderen Rechtsteil für die Schenkung zu bilden.

1) Diese Begriffe sind in der Literatur des gemeinen Rechts, seit Savigny, viel erörtert worden, da einerseits nach ihm die positiven Schenkungssätze nur für die Schenkung im engeren Sinne Anwendung finden sollen, andererseits aber die Abgrenzung derselben gegeneinander bei den Juristen sehr geschwankt hat. Auf Grund der Quellenstellen l. 1. pr. D. 39,5, wo Julianus sagt „donationes complures sunt" unterschied man zwischen donatio simplex, relata oder donatio propria, impropria, oder donatio mera, non mera. Böcking, Pand. I, S. 365 ff. nimmt sogar eine vierfache Teilung vor in donatio im weitesten Sinne, im engeren Sinne, im eigentlichem Sinne und im engsten, eigentlichen Sinne. Vergl. hierüber ausführlich Burckhard und die dort Citierten. Siehe auch A. 1 S. 12 dieser Arbeit, Begriff der Schenkung.

„Eine Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Ver-
„mögen einen Anderen bereichert, ist eine Schenkung,
„wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zu-
„wendung unentgeltlich erfolgt."

Schon äußerlich, durch seine Stellung in den beson-deren Teil der Schuldverhältnisse, deutet das BGB. an, daß es die Schenkung nicht als einen allgemeinen „Charakter, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können", [1] auffaßt, sondern als ein einzelnes, selbständiges Rechts-geschäft, wie Kauf, Miete 2c.

Auch die Vertragsnatur der Schenkung wird erstens durch die Forderung der Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zwischen Schenker und Beschenkten im Ab-satz 1 des § 516, sowie zweitens durch Absatz 2 daselbst, welcher ausdrücklich die Aufforderung zur Annahme verlangt, falls die Zuwendung ohne den Willen des Beschenkten er-folgt ist, klargestellt.

Ferner ist die Unterscheidung zwischen Schenkung im engeren und im weiteren Sinne für das BGB. hinfällig. Die im § 516 I gegebene Definition deckt sich im wesent-lichen mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts und umfaßt nur die bisherige Schenkung im engeren Sinne.

Im § 517 stellt das Gesetz außerdem ausdrücklich fest, welche Zuwendungen nicht als Schenkung anzusehen sind.

Zum Begriff der Schenkung nach BGB. gehören demnach folgende Merkmale:

1. Objektiv: Eine unentgeltliche Zuwendung, durch die Jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert (Vermögensminderung, Vermögensmehrung.)

1) Savigny, System IV, S. 3; cf. oben S. 13 A. 2.

2. Subjektiv: Einigung beider Parteien über die Zuwendung und die Unentgeltlichkeit derselben.

Es mag hier nur ohne weitere Erörterung darauf hingewiesen sein, daß auch bezüglich dieser Legaldefinition sich in der Litteratur des BGB. einzelne Streitfragen bereits entwickelt haben.[1]

II. Begriff des Widerrufs.

Eine doppelte ratio legis leitete, wie wir oben[2] gesehen haben, den römischen Gesetzgeber bei Erlaß der Vorschriften über die Schenkung.

Einmal sollte den Gefahren vorgebeugt werden, welche den einzelnen Individuen infolge leichtsinniger Vergebung ihres Vermögens drohte, andererseits aber wollte man dem vorsichtigen Schenker bei nachträglicher Reue Schutz gewähren.

Die erstere Aufgabe, welche in Umständen vor Vollziehung der Schenkung liegt, suchte die Rechtsordnung zu lösen durch Aufstellung von Vorschriften über Maß und Form der Schenkung in der lex Cincia[3] und später durch

1) Siehe darüber Motive II, S. 286 ff. Schollmeyer, § 3 S. 26 ff.; Leske, I, § 66 I, II, S. 215 ff.; Cosack, I, § 139, I, II, S. 483 ff; Dertmann, Kommentar II, Vorbemerkungen S. 231 Ziffer 1 und 2; Bemerkungen zu § 516; Endemann, § 164 S. 737 ff.; Planck, II, Vorbemerkungen S. 281, Bemerkungen zu § 516; Windscheid-Kipp, II, S. 511 ff.; Enneccerus I, zu § 265 I, S. 557; Matthiaß I, § 112 I, S. 529 ff.; Dernburg, BGB. II. § 205, II, S. 117 ff. Siehe auch Horn, „Begriff und rechtliche Natur der Schenkung nach BGB."

2) S. 9.

3) lex Cincia, ein Plebiscit aus dem Jahre 204 v. Chr. Daneben verfolgte sie wohl auch den Zweck, die Beweisführung sicher zu stellen. Pollack A. 10 S. 11 am Ende.

Schaffung der Insinuation; gegen die nachträglich, nach Gültigwerden der Schenkung, resp. des Schenkungsversprechens, etwa eintretenden Gefahren schuf man den Widerruf.[1]

Auch dieser Begriff hat ebenso wie der der Schenkung selbst in der gemeinrechtlichen Wissenschaft vielfach geschwankt. Es mag hier zunächst eine Erörterung über das Wesen des allgemeinen Widerrufs Platz finden.

Was heißt im allgemeinen etwas widerrufen?

Sprachlich und logisch hat man darunter zu verstehen: Die Folgen einer selbst abgegebenen Willenserklärung durch eine neue Willenserklärung beseitigen.[2]

Widerruf ist also eine Willenserklärung, niemals eine Klage! Man kann jedoch diese Willenserklärung durch eine Klage geltend machen; aus einer Willenserklärung kann eine Klage entspringen, mit welcher man die sich aus dem Widerruf ergebenden Rechte beansprucht; die alte Willenserklärung gilt aber in dem Moment als beseitigt, in welchem man seinen Widerruf erklärt.

Der Widerruf setzt notwendig eine widerrufliche Willenserklärung voraus, und hieraus ist der Schluß zu ziehen, daß widerrufen nur derjenige kann, der die erste Willenserklärung abgegeben hat, nicht eine dritte Person. Bei dieser muß man vielmehr von einer Anfechtung reden, was auch von den meisten Juristen und dem BGB. allgemein anerkannt wird; z. B. ein Testament widerrufen kann nur der, der es errichtet hat; dritte Personen, wozu auch der Testamentserbe gehört, können es nur anfechten;[3]

1) Vergl. Pollack S. 5 ff.

2) So in Quellen z. B. bei dem Widerruf des Mandats, Widerruf letztwilliger Verfügungen, Widerruf der Eidesdelation.

1) Allerdings spricht BGB. ausnahmsweise in § 81 von dem Widerruf der Erben des Stifters und in § 530, 2 vom Widerruf

ich widerrufe einen Auftrag, ich widerrufe eine gegebene Vollmacht, ich widerrufe eine Auslobung: niemals wird man hier die Erklärung einen Widerruf nennen, welche von Anderen als dem Auftrag- resp. Vollmachtgeber oder dem Auslobenden selbst ausgeht.

Der Widerruf ist also ein höchst persönliches Recht des Widerrufsberechtigten und daher grundsätzlich unvererblich!

Und umgekehrt dürfen wir nicht den Begriff „Anfechtung" an Stelle des „Widerrufs" setzen.

Der Widerruf ist ebensowenig eine Unterart der Anfechtung, wie die Anfechtung eine Unterart des Widerrufs ist.

Die durchgeführte Anfechtung hat Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts von Anfang an zur Folge (§ 142 BGB.), während der Widerruf die bis zu seiner Vornahme eingetretenen Rechtsfolgen unberührt läßt und erst von diesem Moment ab die geschehene Willensäußerung für aufgehoben erklärt. Ebenso ist Widerruf nicht mit Nichtigkeit zu identifizieren.

Denn bei der Nichtigkeit ist das betreffende Rechtsgeschäft gar nicht existent geworden, hat also von Anfang an rechtliche Wirkungen nicht erzeugt.

Bei dem Widerruf dagegen hat ein Rechtsgeschäft gültig bestanden, die hieraus sich ergebenden Rechtsfolgen sind gültig, und erst in dem Moment des Widerrufs tritt die Aufhebung der Wirkungen ein.

---

der Schenkung durch die Erben. Dieses bedeutet aber keine Durchbrechung des allgemeinen Prinzips; über § 530, 2 später S. 169.

Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf haben allerdings ein gemeinsames Moment: Bei ihnen allen kann das auf Grund des Rechtsgeschäfts Geleistete zurückgefordert werden.

Auf diese Beobachtung gründen sich wohl zum Teil die Irrtümer und Verwechslungen, welche in Bezug auf den Begriff des Widerrufs der Schenkung in der Litteratur aufgetaucht sind.

Denn wenn auch die vorstehend entwickelten Grundsätze bei anderen Rechtsinstituten zweifellos festgehalten wurden, ist gerade der Begriff des Widerrufs der Schenkung vielfach, sowohl mit der Widerrufsklage vermischt worden, als auch nach der Richtung der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit hin nicht scharf abgegrenzt worden. Wie wir vorher [1] gesehen haben, ist unter Widerruf sprachlich, wie logisch, die Erklärung zu verstehen, seine frühere Willensäußerung zu ändern. Überträgt man diese allgemeine Definition des Widerrufs auf die Schenkung im speziellen, so ist der Widerruf derselben eine Willenserklärung des Schenkers, welche den Zweck hat, seine Sinnes- oder Willensänderung (bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen) äußerlich kund zu tun; [2] er ist also ein höchst persönliches Recht des Schenkers. Die sich hieraus ergebende Klage auf Rückforderung des Geleisteten nennen wir die Widerrufsklage.

---

1) S. 16 .

2) Daß nicht die Willensänderung des Schenkers allein genügt, sondern daß diese auch der Außenwelt kund gegeben werden muß, ergibt sich durch argumentum e contrario aus l. 10, C. 8,55, wonach Stillschweigen des Berechtigten für immer Geltung haben soll: qui haec passus est, tacuit silentium ejus maneat semper."

Diese Trennung zwischen Widerrufserklärung und Widerrufsklage ist in der Litteratur des gemeinen Rechts teils nicht erkannt, teils aber nicht einheitlich durchgeführt worden.

Der quellenmäßige Ausdruck für den Widerruf der Schenkung heißt „revocare donationem". (C. 8, 55.)

„revocare" entspricht unserem deutschen „widerrufen" und wird in den Quellen auch in diesem Sinne gebraucht.[1] Nun setzte man aber dafür gleichbedeutend „repetere", „zurückfordern"; für „donatio", „Schenkung", sagte man „res donata", „das Geschenk", und kam so zu der falschen Auffassung, daß unter Widerruf die Klage auf Rückforderung des Geschenkes zu verstehen sei.[2]

Hiergegen trat zuerst Donellus[3] auf, indem er dem Schenker das Recht der revocatio donationis nicht früher zugestand, als bis er gezeigt hätte,

„se mutata voluntate ob ingratitudinem donationem „revocare velle."

1) Siehe darüber S. 24.

2) So Arndts Pand. § 104,[1]; Baron, Pand. § 82 sprechen sogar von einer „Klage auf Rückgabe der Schenkung", statt „des Geschenkten." Auch in der neueren Litteratur wird vielfach der Widerruf als eine „höchst persönliche Revokationsklage" (Schilling III S. 972 un.) oder „höchst persönliche Klage" (Mühlenbruch, S. 484 § 442; Puchta. Pand. § 70 S. 109.) hingestellt, die erst durch litis contestatio vererblich wird. Ähnlich, wenn auch schärfer unterscheidend, Windscheid, § 367, 3 in Verbindung mit A 19, „der Widerruf „begründet eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur „Erstattung des Empfangenen" und wird vererblich dadurch, daß er inter primas personas erfolgt. Nach Madai (Mühlenbruchs Pand. S. 484 A. 4) genügt nicht der bloße Widerruf, sondern ist eine Klage und zwar eine höchst persönliche, zur Rückgängigmachung der Schenkung erforderlich. Ebenso Wächter S. 434 § 196 B.; Bekker II, § 103 S. 109 A. m.

Alle diese stützen sich auf l. 10 § 2 D. 8,55, in Verbindung mit l. 7 § 3 C 8,55, darüber später S. 59 ff.

3) Donellus, Commentarii VIII, lib. XIV § 15 S. 498.

Im Folgenden spricht er deutlich aus, daß erst durch den Reuruf des Schenkers die Klage auf Rückforderung des Geschenkten, nicht der Schenkung, entsteht:

„At simulatque donator mutationem voluntatis „declaravit, tum nascitur et constituitur donatori „praesens donati repetitio."

Nach dem Vorgang des Donellus unterscheidet auch Savigny zwischen der persönlichen, auf dem bloßen Willen des Schenkers beruhenden Widerrufserklärung, und der dadurch vererblich gemachten, ursprünglich unvererblichen Widerrufsklage.[1]

Ähnlich äußern sich Heimbach, Sintenis und die vorwiegende Anzahl der gemeinrechtlichen Juristen;[2] trotzdem kann man diesen Schriftstellern den Vorwurf nicht ersparen, daß sie das Wesen des Widerrufs der Schenkung nicht richtig erfaßt haben, daß sie Widerruf mit der daraus entspringenden Klage identifizieren und infolgedessen von einer unvererblichen, höchst persönlichen Revokationsklage reden, die nur unter einer gewissen Voraussetzung, nämlich durch den Widerruf, vererblich wird.

---

1) Savigny, System IV, S. 232: „Der bloße Widerruf reicht „schon hin, die Klage vererblich zu machen, so daß die Klage nur „wegfällt, wenn der Geber stirbt, ohne seinen veränderten Willen „auf irgend eine Weise an den Tag gelegt zu haben." Und später spricht er von der passiven Unvererblichkeit der Klage, „wenn nicht der Geber seinen veränderten Willen kundgegeben, „solange der Empfänger lebt." Dagegen Schilling III, S. 972 nn., welcher unter „tacuit" in der Stelle, auf welche sich Savigny beruft (l. 10, § 2, C. 8,55) nur das gerichtliche Schweigen verstanden wissen will, so daß die Klage erst durch die litis contestatio vererblich wird.

2) Heimbach, S. 708, Sintenis, II, S. 209. Vgl. ferner ausführliche Litteratur-Angabe bei Pollack, A. 95 S. 54.

Bei Behandlung der Frage nach der Form und Vererblichkeit des Widerrufs werden wir näher darauf einzugehen haben.[1]

Es ist das Verdienst Pollacks, zuerst[2] die ganze Lehre des Widerrufs der Schenkungen einer gründlichen Revision unterzogen und das Unrichtige beseitigt zu haben.

Auf Grund der historischen Entwickelung der Schenkungen im römischen Recht von der lex Cincia an wies er die Berechtigung einer Trennung zwischen der Befugnis zur Widerrufserklärung (subjektiver Widerruf) und dem sich daraus ergebenden Anspruch auf Aufhebung der Schenkung (objektiver Widerruf) nach, wandte diese Grundsätze auf das ganze Institut des Schenkungswiderrufs an und kam so zu einer einheitlichen Gestaltung der Widerrufslehre.

Der Inhalt seiner Ausführungen ist folgender:

Die lex Cincia gestattet, wie wir später sehen werden,[3] indirekt ein „freies willkürliches Widerrufsrecht des Schenkers „auf Grund bloßer Reue für alle an eine persona non „excepta ohne die gehörige Form gemachten Geschenke.“[4]

Erfolgt ein Widerruf vor dem Tode des Schenkers nicht, so kann der Erbe desselben auch nicht die aus dem Gesetze sich ergebenden Vorteile, z. B. die Rückforderungsklage, in Anspruch nehmen. Ist hier indirekt ein Widerrufsrecht gegeben auf Grund der unvollkommenen, im übrigen aber gültigen Schenkung, so finden wir ein wahres

---

1) S. 59 ff.

2) Da Pollacks Abhandlung erst 13 Jahre nach ihrer Abfassung erschien, ist er der Erste gewesen, der diesen Gedanken durchgeführt hat, wie er selbst auch A. 92 S. 53 betont. Vergl. seine Ausführungen S. 17—80.

3) S. 43.

4) Pollack, S. 22, Puchta, Inst., § 206 S. 58.

Widerrufsrecht vollkommen gültiger Schenkungen zuerst[1] bei solchen des Patrons an seine Freigelassenen, ein Recht, welches sich unabhängig von der lex Cincia neben ihr entwickelte.

Entscheidend ist auch hier allein der Wille des Patrons;[2] jede Schenkung kann er jederzeit frei (und nur allein) zurücknehmen, wenn er seinen Willen ändert, und selbst im Falle der Pflichtvergessenheit des Liberten soll der Widerruf nicht ipso jure eintreten, sondern erst durch Erklärung des Patrons, die abzugeben seinem Willen überlassen ist.

Seinem Sohne oder Rechtsnachfolger dagegen steht das Recht nicht zu, wie das cit. Fragment ausdrücklich hervorhebt.

Dieses ist das subjektive Moment des Widerrufs, welches sich in derselben Weise erhält, als im Laufe der Zeit der Widerruf zwar auf alle Schenkungen ausgedehnt, aber aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrs nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig würde.[3 4]

---

2) Siehe auch hierüber Pollack, S. 41 A. 64.

1) Dieses geht klar hervor aus den Worten fragm. Vaticana § 272: „etsi perfectis donationibus in possessionem inductus „libertus quantolibet ea, quae sibi donata sunt pleno jure ut „dominus possederit, tamen omnis donatio mutata patro- „norum voluntate revocanda sit."

3) Aus der unveränderten — nur mit dem Zusatz, „si ingratus sit" — Aufnahme des Reskripts, des Philippus aus dem fragm. Vaticana § 272 in den Codex Justinianeus (l. 1. C. 8,55) geht dieses unzweifelhaft hervor.

4) Der Widerruf wegen nachgeborener Kinder bildet keine Ausnahme von diesem Prinzip, wie man auf Grund der l. 8 C. 8,55, hat construieren wollen, nämlich daß schon die Tatsache der erfolgten Geburt die Schenkung ipso jure nichtig mache. Vergl. hierüber Pollack S. 45 ff., S. 67.

Daß die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht ipso jure eintreten sollen, sondern abhängig sind von der Erklärung des Schenkers, bestätigt Justinian ausdrücklich in l. 10 C. 8, 55, indem er sagt, daß das Stillschweigen des verstorbenen Schenkers, falls ein Grund zum Widerruf vorliegt, für immer Geltung haben soll, eine Stelle, auf welche auch Savigny hingewiesen hat.[1]

Aus dieser Erklärung des Schenkers entspringt erst das Recht auf Aufhebung der Schenkung in ihrer an sich rechtsgültig bestehenden Wirkung, welches vermögensrechtlicher Natur und daher aktiv wie passiv vererblich ist.

Zu dem gleichen Resultat, Trennung der Widerrufserklärung von der Widerrufsklage, aber jedem andere Wirkungen beilegend, kam wenige Jahre nach Pollack, v. Bothmer, auf Grund ganz anderer Voraussetzungen.[2]

Seinen Ausgangspunkt bildet die Scheidung des Rechtsgeschäfts der Schenkung, der verpflichtenden Erklärung, einem Anderem geben zu wollen, von dem Vollziehungsgeschäft derselben.[3]

Mit ersterem ist die Schenkung perfekt. In einer exegetisch-dogmatischen Entwickelung des Rechtsinstituts des Schenkungswiderrufs stellt er dar, daß die Quellen in den

---

1) Schilling III, S. 972 Anm. uu. will dieses nur dann gelten lassen, wenn der Schenker vor Gericht schweigt, weil sonst der Erbe des Schenkers bei mißbilliger Äußerung des Gebers über den Undank des Beschenkten schon das Recht der Klage hätte Vergl. S. 20 A. 1.

2) Siehe darüber v. Bothmer S. 335 ff. Seine Arbeit stammt aus dem Jahre 1878. Er hat somit die Abhandlung Pollacks nicht gekannt, da dieselbe erst 13 Jahre nach der Abfassung, 1886 der Öffentlichkeit übergeben ist. (Vergl. S. 21 A. 2.)

3) Hiergegen Burckhard, Annahme S. 9; Windscheid II, § 366 A. 1.

hiervon handelnden Abschnitt C. 8, 55 mit der Überschrift „de revocandis donationibus" unter donatio nicht etwa „Geschenk", sondern „das Rechtsgeschäft der Schenkung" verstehen, eine Auffassung, der alle Juristen beistimmen.

Daher hat man dieselbe Bedeutung auch unserem deutschen Ausdruck „Schenkung" beizulegen. „Revocare" hat eine verschiedene Bedeutung, je nachdem es in Bezug auf eine Sache oder ein Rechtsgeschäft angewendet wird. Bei Sachen heißt es „zurückfordern", bei Rechtsgeschäften dagegen „dasselbe für aufgehoben erklären".[1] „Revocare donationem" bedeutet demnach „das Rechtsgeschäft der „Schenkung für aufgehoben erklären", mit anderen Worten eine Rescission des Rechtsgeschäfts der Schenkung. Zum Beweise der Richtigkeit seiner Ausführungen zitiert v. Bothmer die l. 5 C 8, 55, wo für „revocare donationem" gesagt wird: „rescindi non oportet". Es ergibt sich also als objektive Seite des Widerrufs die Aufhebung des Rechtsgeschäfts der Schenkung, welche ermöglicht wird durch das subjektive Moment, ein weiteres Rechtsgeschäft, nämlich durch die Erklärung, „den Reuruf" des Schenkers. Infolge der Aufhebung des Rechtsgeschäfts der Schenkung kann der Schenker das auf Grund des Vollziehungsgeschäfts Geleistete zurückfordern.

Auf diese Weise kommt v. Bothmer ebenfalls zu einer Trennung beider Begriffe.

Während aber bei v. Bothmer schon durch die bloße Willenserklärung die Aufhebung des Schenkungsgeschäfts eintritt, und die in Vollziehung des Rechtsgeschäfts

1) Vergl. revocare in Bezug auf Sachen: l. 66, D. XII, 6; l. 5 § 18, D. 24,1; revocare in Bezug auf Rechtsgeschäfte § 9 J. 3,26, „revocare mandatum".

der Schenkung geleisteten Sachen nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden können, hat nach der Pollackschen Darstellung erst die aus dem subjektiven Widerruf sich ergebende Widerrufsklage den Effekt, „das in dem Vermögen des Beschenkten der Wirkung nach „fortdauernde Schenkungsgeschäft materiell zurückzunehmen.[1]

Bevor wir in eine kritische Betrachtung beider Auffassungen eintreten, sei bemerkt, daß praktisch die Kontroverse ohne Belang ist, denn tatsächlich wird die Pollackschе Klage auf materielle Aufhebung der Schenkung sich äußerlich dadurch dokumentieren, daß der widerrufende Schenker die Zuwendung zurückfordert.

Zunächst ist, wenn wir beide Theorien prüfen, der Ausgangspunkt v. Bothmers, Trennung des Rechtsgeschäfts der Schenkung von dem Vollziehungsgeschäfte derselben, näher ins Auge zu fassen.[2]

Obwohl diese Scheidung in der Litteratur nicht unangefochten ist, muß man dennoch ihre Richtigkeit anerkennen.

Ganz klar und auch unbestritten ist sie bei dem Schenkungsversprechen. Ich verpflichte mich durch meine Willenserklärung einem Anderen gegenüber zu einer Schenkung. Auf Grund dieses Versprechens kann der Andere Erfüllung

---

1) Die Schenkung bleibt nach ihm also an und für sich gültig bestehen, da die geschehene schenkweise Eigentumsübertragung nicht aufgehoben, die schenkweise erlassene Schuld nicht wiederhergestellt werden kann. Bei v. Bothmer dagegen ist dieses gar keine Schenkung, sondern eine einfache Eigentumsübertragung, die natürlich von der Aufhebung des Schenkungsgeschäfts nicht berührt wird ebenso wie die geschehene Tradition bei Kauf durch Aufhebung des Kaufvertrages nicht tangiert wird.

2) Siehe von Bothmer S. 338, S. 355 ff, S. 364 ff.

verlangen. Mit der gegebenen und acceptierten Willenserklärung, dem Schenkungsversprechen, ist dasselbe perfekt.

Denselben Vorgang nehmen wir aber auch bei der Realschenkung wahr.

Mit der Hingabe der Sachen als Schenkung erkläre ich meinen Willen zu schenken ebenso, wie bei dem Schenkungsversprechen. Der gleichzeitige, reale Vollzug dieser Willenserklärung aber und die Annahme seitens des Beschenkten läßt eine Verbindlichkeit des Schenkers in demselben Moment ihrer Entstehung untergehen.

Auch die Quellen sind der Ansicht, daß die Schenkung in zwei Rechtsakte zerfalle:

In § 2 J. de don. 2, 7 wird sie als vollendet hingestellt, wenn der Schenker suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestavit, also mit Abschluß des Rechtsgeschäfts der Schenkung; nach Analogie des Kaufes muß die Tradition, das Vollziehungsgeschäft der Schenkung, hinzukommen, und zwar dergestalt, daß die Schenkung demnoch, falls sie nicht erfolgt, plenissimum et perfectum robur hat.

Wenn gegen diese Behauptung Windscheid[1] geltend „macht, daß die Erklärung des Schenkungswillens weder „zeitlich noch begrifflich der Schenkungsvollzugshandlung „vorhergeht," so ist darauf zu erwidern, daß auch bei dem Handkauf, Kaufvertrag und Übergabe der Sache, wie des Preises, begrifflich zusammenfallen, mithin nach seiner Auffassung auch hier eine Trennung zwischen Kaufvertrag und Vollziehungsgeschäft nicht stattfinden könne.

1) § 366 A. 1.

Außerdem nimmt Windscheid selbst in § 365. A 1 nach Analogie des Kaufes eine Trennung zwischen der „Erklärung einer Vermögensversetzung" und der hierdurch entstehenden Verpflichtung zur „wirklichen Bewirkung der Vermögensversetzung" vor, welche aber nicht erst zur Entstehung kommt, da sofort mit der Erklärung auch die Vollziehung eintritt.

Was ist das anderes als die oben verteidigte Ansicht?

Auch Burckhard [1] mißbilligt den Standpunkt v. Bothmer's, die Schenkung nur als die „auf Vollziehung schenkweiser Zuwendung gerichtete Erklärung" aufzufassen, mit der Begründung, daß diese Erklärung nur ein Schenkenwollen, niemals eine Schenkung ist, sofern sich nicht hiermit ein Vermögenseffekt, z. B. Begründung eines Forderungsrechtes verbindet.

Hierbei übersieht er ganz, daß, wie oben [2] gezeigt eine Verpflichtung des Schenkers, also ein Forderungsrecht des Beschenkten durch seine Erklärung sehr wohl begründet wird, daß sie aber durch die Realhingabe in demselben Moment ihrer Entstehung auch wieder beseitigt wird.

Daß Bothmer das Rechtsgeschäft der Schenkung nicht als bloßes Schenkenwollen, sondern als einen hierdurch erzeugten Verpflichtungsgrund ansieht, geht klar aus seiner Definition hervor (S. 338):

„Schenkgeschäft ist die (durch Annahme seitens des Beschenkten zum verbindlichen Schenkungsvertrage sich gestaltende) einseitige Willenserklärung in bestimmter Weise (dando, obligando, liberando) aus

1) Burckhard, Annahme S. 9. ff
2) Siehe S. 26.

„dem eigenen Vermögen einem anderen aus Freigebigkeit
„eine unentgeltliche Zuwendung machen zu wollen."

Ebenso wie der Kauf perfekt ist mit Einigung der Parteien über Ware und Preis, tritt bei der Schenkung der Abschluß ein mit Erklärung und Annahme derselben.[1]

Die Tradition der geschenkten Sachen ist nur die Vollziehung dieses Rechtsgeschäftes der Schenkung und wird in ihrer Gültigkeit unmittelbar durch eine Vernichtung des ersteren nicht berührt, wie auch die auf Grund des Kaufgeschäfts tradierten Sachen bei Unwirksamwerden desselben vorläufig Eigentum des Empfängers bleiben.

Obwohl nun Pollack selbst diese Unterscheidung zwischen dem Rechtsgeschäft und der Vollziehung der Schenkung als richtig anerkannt, so ist er dennoch nicht mit den Konsequenzen, welche v. Bothmer daraus zieht, einverstanden,

„v. Bothmer vindiziere ihr vielmehr eine zu große
„Bedeutung."[2]

Denn man könne nicht hinsichtlich des Widerrufs der Schenkung Grundsätze aufstellen, welche sich nicht allgemein in allen Fällen, wo die Rechtsordnung einen Widerruf gestattet, z. B. bei dem Testament, anwenden lassen, und hier nicht imstande sind, die Vorgänge zu erklären.

Meines Erachtens erhebt Pollack diesen Vorwurf zu Unrecht.

1) Denn nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts ist die Schenkung ein einseitiger Vertrag (cf. Dernburg I. § 92,2 S. 220), nach BGB. ist sie es unzweifelhaft.

2) Pollack S. 2: „Die Erklärung des Schenkungswillens „bildet das Rechtsgeschäft der Schenkung und hat stets denselben „materiellen Inhalt. Die Verschiedenheit der Form bezieht sich „nur auf die Vollziehungsakte." Ferner S. 6 A 6. Verteidigung dieser Ansicht gegenüber Windscheid S. 53 A. 92.

Man muß jedes Rechtsgeschäft und die bei ihm auftretenden Vorgänge unter besonderen Gesichtspunkten betrachten und darf nicht für alle allgemein bindende Grundsätze aufstellen.

Jedes Rechtsgeschäft hat seine Eigentümlichkeiten.

Der Widerruf des Testaments ist etwas anderes, als der Widerruf einer Schenkung. Ersterer ist nur eine Willensänderung hinsichtlich einer Verfügung, aus welcher noch niemand ein Recht erworben hat, letzterer dagegen betrifft die Zurücknahme eines Rechtsgeschäfts, welches bereits Wirkungen erzeugt hat.

Wenn beide auch vieles gemeinsam haben, brauchen sie dennoch nicht in allen Punkten übereinzustimmen. Das Testament ist zweifellos eine einseitige Willenserklärung, die Schenkung dagegen ein Vertrag.

Daß auch die Quellen zwischen einer revocatio donationis, Widerruf des Rechtsgeschäfts der Schenkung, und der sich daraus ergebenden revocatio doni, Zurückforderung des Geschenkten unterscheiden, geht unzweifelhaft aus l. 7 pr. und § 1. C. 8, 55 hervor. Hier wird namentlich der Mutter wegen Undanks ihrer Kinder zunächst eine revocatio donationis gegeben, und dann im folgenden Paragraphen, mit „igitur" angeknüpft, die daraus entspringende Klage auf Rückforderung derjenigen Sachen, welche sie ex titulo donationis besitzen.

Der Widerruf ist also nach der dargelegten Auffassung in Übereinstimmung mit v. Bothmer in Hinsicht auf seine rechtliche Natur eine unter bestimmten Voraussetzungen gestattete Willenserklärung, welche die Aufhebung des Rechtsgeschäfts der Schenkung bezweckt.

Diese Ansicht, welche Dernburg[1] zu teilen scheint, ist von dem BGB. aufgenommen worden, den § 531 sagt:

„Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem „Beschenkten. Ist die Schenkung widerrufen, „so kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vor„schriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten „Bereicherung gefordert werden."

Hieraus geht hervor, daß mit dem vollzogenen Widerruf die Schenkung erloschen ist.[2] Denn auch nach BGB. erfordert das Wesen der Schenkung zwei Bestandteile,[3] einen objektiven, das dingliche Übertragungsgeschäft, und einen subjektiven, den obligatorischen Schenkungsvertrag. Letzterer, „der Vertrag über die causa," ist die Schenkung.

Das objektive und das subjektive Moment können zusammenfallen, wie bei der unmittelbar vollzogenen Realschenkung, beide können aber nicht nur zeitlich getrennt sein, sondern auch in der Weise, daß das objektive Geschäft dem subjektiven vorangeht.

Mit dem Eintritt des ersteren Moments liegt aber noch keine Schenkung vor, sondern zu einer solchen ist noch die Willenseinigung erforderlich, und in derselben Weise hört sie auf, eine Schenkung zu sein, sobald die Einigung infolge des Widerrufs nicht mehr vorhanden ist.

Ebenso wie die rechtliche Natur des Widerrufs ist aber auch sein Umfang, seine Abgrenzung gegen andere, ähnliche Vorgänge in der Litteratur des gemeinen Rechts oft nicht scharf festgehalten worden.

1) Dernburg, Pand. II, § 108, 3a.
1) cf. Oertmann II, S. 252 zu § 531.
2) cf. Kommissions-Protokoll S. 1619.

Wir können, was den Widerruf im Verhältnis zur Anfechtung und Nichtigkeit angeht, uns im wesentlichen auf das oben S. 16 und 17 Gesagte berufen.

Bemerkt sei hier nur, daß die persönliche Rechtsnatur des Widerrufs der Schenkung nicht nur für das Gemeine Recht, soweit hier überhaupt zwischen Widerrufserklärung und Klage geschieden wird, sondern auch für das BGB.[1] unbestritten anerkannt wird.

Was die Dritten zustehende Anfechtung anbelangt, so seien als Fälle einer solchen genannt die actio Pauliana und die querela inofficiosae donationis. Erstere ist allgemein gegeben für alle Fälle, in welchen der Gläubiger durch betrügerische Veräußerungen des Schuldners in seinen Rechten geschädigt wird, sofern der Erwerber Mitwisser der fraus oder bereichert ist, und findet infolgedessen auch bei Benachteiligung des Gläubigers durch Schenkung des Schuldners Anwendung.

Die querela inofficiosae donationis ist das sogenannte Widerrufsrecht der Noterben wegen Verletzung ihres Pflichtteils von Seiten des Schenkers. Da der Pflichtteilanspruch erst nach dem Tode des Erblassers entsteht, wird dieser „Widerruf" erst nach dem Tode des Schenkers möglich, bedeutet mithin nicht eine Willensänderung desselben, sondern stellt ein Anfechtungsrecht dritter Personen dar.

Ebensowenig ist die Nichtigkeit mit dem Widerruf der Schenkung zu verwechseln.[2] Denn eine nichtige Schenkung

1) Motive, S. 303.

2) Vergl. Pollack, S. 28 A. 40; S. 131 A. 186. v. Bothmer S. 356, Pernice, Insinuation S. 67 und die dort Citierten.

hat von Anfang an keine rechtlichen Wirkungen erzeugt, sie ist gar nicht zustande gekommen und kann daher auch nicht widerrufen werden.

Diese Ansicht hat zuerst, soweit ich verfolgt habe, Marezoll 1828 und ihm folgend bedeutend später Bremer[1] bezüglich der renumeratorischen Schenkung, bei welcher die Insinuation unterblieben ist, ausgesprochen.

„Es tritt bei Schenkungen bei denen die Insinuation „versäumt worden ist, keine Revokation ein, wie wegen „Undanks, sondern die Schenkung, soweit sie der In„sinuation bedarf, ist von selbst völlig nichtig."

Der praktische Unterschied zwischen Widerruf und Nichtigkeit zeigt sich bei der durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten vermittelten Schenkung. Jemand will z. B. seiner Frau etwas schenken und expromittirt daher dem Gläubiger derselben. Da Schenkungen unter Ehegatten nichtig sind, ist auch eine Verbindlichkeit des Mannes dem Gläubiger gegenüber nicht entstanden, sondern Alles unverändert geblieben.

Schenke ich dagegen einer anderen Person auf diese Weise etwas und widerrufe nachher die Schenkung, so bin ich dennoch dem Gläubiger des Anderen verpflichtet, wenn ich auch andererseits den Beschenkten in Anspruch nehmen kann.

Den nichtigen Schenkungen stehen in der Wirkung gleich die noch nicht völlig gültigen Schenkungen, wie im

1) Marezoll, Zeitschrift für Zivilrecht I, S. 38; Bremer, Jahrbücher XIII, neue Folge I, S. 103, vergl. über Trennung von Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Widerruf: Eccius, preuß. Privatrecht II, S. 20 ff.

Römischen und Gemeinen Recht diejenigen unter Ehegatten, an Hauskinder und die mortis causa donatio.

Auch hier darf man nicht von einem Widerruf reden, denn eine noch nicht völlig gültige Schenkung ist ebenso wenig fähig, Wirkungen zu erzeugen, als die nichtige Schenkung.

Schenkungen unter Ehegatten sind nach einem uralten römischen Verbote nichtig. Eine spätere oratio Severi et Caracallae besagte aber, daß die Schenkung convalesciere, wenn der Schenker in stehender Ehe stirbt, ohne widerrufen zu haben.

Die Schenkung schlechthin ist also wirkungslos; ändert der Schenker seinen Willen nicht, so convalesciert sie, mit anderen Worten, sie *wird* gültig, und umgekehrt gibt er durch seine Erklärung zu erkennen, daß die Convalescenz nicht eintreten solle.

Er widerruft also nicht, denn ein gültiges Rechtsgeschäft, welches er durch seinen Widerruf aufheben könne, besteht garnicht; er rügt vielmehr nur durch seine Erklärung ihre Nichtigkeit. Die gleichen Grundsätze wie für die Schenkung unter Ehegatten galten in Rom für die Schenkungen des Hausvaters an die Hauskinder.

Ursprünglich unmöglich wegen des eigentümlichen Charakters der patria potestas, und daher nichtig, wurde später in gleicher Weise wie bei Schenkungen unter Ehegatten eine Convalescenz zugelassen;[1] ein etwa erfolgender Reuruf des Schenkers hat also ebenfalls nicht die Wirkungen eines Widerrufs.

Ebenso wie das Gültigwerden dieser Schenkungen abhängig ist von dem Nichteintritt einer Willensänderung

1) Siehe Pollack, S. 60 A. 66 und die dort Citierten.

des Schenkers, ist es auch die Wirksamkeit resp. das Wirksambleiben einer donatio mortis causa[1] neben zwei weiteren Voraussetzungen, die hier nicht interessieren.[2]

Der eigentümliche, der Schenkung zu Grunde liegende Gedanke ist, daß der Geber das Geschenk seinem Erben weniger gönnt, als dem Beschenkten, diesem aber weniger, als sich selbst.

Dieses drücken die Quellen[3] mit den Worten aus:

„et in summa mortis causa donatio est, cum „magis se quis velit habere, quam eum, cui donatur „magisque eum cui donat, quam heredem suum."

Hieraus erklärt sich, daß die Schenkung nicht perfekt sein soll vor dem Tode des Schenkers.[4] Die Willensänderung des Schenkers ist demnach kein eigentlicher Widerruf, sondern sie verhindert nur die Perfektion der Schenkung.

Der Unterschied zeigt sich auch in der Wirkung. Während durch den Widerruf das Rechtsgeschäft der Schenkung aufgehoben wird, die erfolgte Eigentumsüber-

---

1) § 1. I de don. 2,7, Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset haberet is, qui accepit: sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is, cui donatum sit.

2) Diese sind: a) wenn die Schenkung für den Fall des Todes des Schenkers in einer gegenwärtigen Gefahr gemacht wird: Untergang des Schenkers in der betreffenden Gefahr.

b) wenn sie an eine bestimmte Todesgefahr nicht gebunden ist: daß der Beschenkte den Schenker überlebt.

3) § 1, I. 2,7; l. 1 pr., l. 35 § 2 D. 39,6.

4) Vergl. hierüber: v. Schröder, Zeitsch. II, S. 106 ff.; v. Meyerfeld I, S. 406 ff.; Savigny, System IV, S. 239 ff. und die Pandektenlehrbücher.

tragung aber gültig bleibt, und nur auf Grund einer condictio das Geschenkte zurückgefordert werden kann, fordere ich, falls ich hier die Schenkung rückgängig mache, mein Eigentum mit der rei vindicatio zurück.[1] Eine Eigentümlichkeit bei dieser freien Willensänderung des Schenkers ist, daß er im voraus darauf verzichten kann. Dann ist die Schenkung in dieser Beziehung natürlich sofort perfekt und kann nur wegen groben Undanks widerrufen werden, — ein echtes Widerrufsrecht. —

Der hier entwickelte Standpunkt ist nicht zu allen Zeiten in der Litteratur festgehalten worden. Die älteren Juristen bezeichnen nach dem Vorgange Savignys[2] jede Rückgängigmachung einer Schenkung als Widerruf und sie unterscheiden zwischen Widerrufsgründen allgemeiner Natur (ausbedungener Widerruf, Ungültigkeit der Schenkung wegen des ehelichen Verhältnisses oder des Fehlens der Insinuation) und Widerruf aus besonderen Gründen, der eintritt bei solchen Schenkungen, die an sich gültig sind, und welcher daher stets die Natur einer Ausnahme an sich trägt, ohne Rücksicht darauf, ob er ausgeht von dem Schenker selbst oder von einem Dritten, dessen Rechte durch die Schenkung beeinträchtigt sind (actio Pauliana, querela inofficiosae donationis). Andere wieder, wie Schilling,[3]

1) Pollack, S. 72 ff.; dagegen Windscheid, S. 530; Dernburg III, S. 239 sprechen von „freiem Widerruf".

2) Savigny, System IV, S. 226. Ebenso Heimbach, S. 766 ff.; Sintenis, S. 208, 3 ff.; Böcking I, S. 371 § r., in Verbindung mit A. 31. Er unterscheidet: „Schenkungswiderruf aus gewissen „Gründen (den Widerruf wegen Verletzung des Pflichtteils, der Rechte „des Gläubigers, Nichtbeachtung der gesetzlichen Form.) und ins„besondere den des Schenkers selbst wegen Undanks der Beschenkten".

3) Schon Donellus lib. XIII, S. 430 macht keinen Unterschied zwischen Anfechtung und Widerruf, denn er sagt in § 4: „sane et ab

trennen zwar die Nichtigkeit vom Widerruf und lassen ihn nur bei gültigen Schenkungen zu, fallen dann aber in den zuletzt erwähnten Fehler Savignys, daß sie dritten Personen ein Widerrufsrecht zugestehen, also Widerruf und Anfechtung nicht scharf unterscheiden.

Wächter, Becker[1] fassen den Widerruf als eine Unterart der Anfechtung auf und unterscheiden demgemäß Anfechtung, die ausgeht vom Schenker, vom Beschenkten oder von den Gläubigern des Schenkers.

Auf die Unrichtigkeit dieses Standpunktes ist bereits hingewiesen worden.[2]

In der neuesten Literatur des gemeinen Rechts hat sich fast allgemein die richtige Ansicht Bahn gebrochen, daß unter Widerruf nur die von dem Schenker selbst ausgehende Erklärung zu verstehen ist, und daß er sich nur auf gültige Schenkungen beziehen kann; er umfaßt also nur den Widerruf wegen groben Undanks, und wegen nachgeborener Kinder.[3]

Auch das BGB § 530 nennt Widerruf nur denjenigen des Schenkers wegen einer schweren Verfehlung des Be-

---

„aliis quam a donatore revocari interdum donationes possunt." erkennt aber im folgenden an, daß die Behandlung dieser Frage eigentlich nicht zur „repititio rerum donatarum" gehört. Vergl. auch Mühlenbruch § 442 A. 484. Ferner Schilling III, S. 956 f. Anm. b S. 964, S. 974 Unger II, S. 213 A. 6.

1) Wächter, Pand. S. 434, B; Bekker, Pand. II, S. 108 § 103.

2) S. 17.

3) Vergl. Puchta, Pand. § 70 S. 109; Wendt, Pand. S. 179 § 66; Dernburg, Pand. II, S. 297 § 108 Auch Mamroth, Voraussetzungen, in den Beiträgen 1886 S. 584. Pollack S. 81 unterscheidet zwischen „eigentlichem Widerrufe" (nur bei gültigen Schenkungen von Seiten des Schenkers) und „uneigentlichen", nur scheinbar wegen äußerer Ähnlichkeit so genannt, A. 145. Von dem eigentlichen Widerruf sind auszusondern die Fälle der sogenannten Widerrufsbefugnis Dritter, A. 144.

schenkten gegen ihn, welche einen groben Undank in sich schließt, und denjenigen bei Ehescheidungen, und stellt im Gegensatz dazu das Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers oder das Rückforderungsrecht des Schenkers bei Nichterfüllung einer Auflage von Seiten des Beschenkten.

Nichtigkeit der Schenkung und Anfechtbarkeit derselben finden wir in dem Abschnitte über Schenkungen im BGB. nicht erwähnt.

Erstere ist vielmehr dadurch beseitigt, daß die früheren Fälle der Nichtigkeit der Schenkungen wegen des ehelichen Verhältnisses[1] oder mangelnder Form[2] nicht aufgenommen sind.

Das Anfechtungsrecht der Pflichtteilsberechtigten dagegen wird im Erbrecht in § 2325 ff. behandelt, ist aber keine eigentliche Anfechtung, sondern eine Ergänzung des Pflichtteils aus dem Geschenkten.

Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Gläubiger findet sich in einem besonderen Gesetze, dem „Reichsgesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens“[3] in § 2. geregelt, wobei ausschließlich die Bezeichnung „Anfechtung“ gebraucht wird.

---

1) Diese Schenkungen unter Ehegatten unterliegen also jetzt denselben Vorschriften, wie sie für die allgemeinen Schenkungen gelten. Siehe jedoch § 1584, darüber später S. 58. Dagegen enthält BGB. eine andere wichtige Schenkungsbeschränkung in § 1446 bei der Gütergemeinschaft: der Mann darf Schenkungen aus dem Gesamtgute nur mit Einwilligung der Frau vornehmen.

2) Das Schenkungsversprechen bedarf zwar der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; der Mangel wird aber geheilt durch nachträgliche Erfüllung.

3) Vom 21. VII. 1879 Neufassung vom 20. V. 1898.

Bezüglich der Schenkungen von Todeswegen hat das BGB. keine besonderen Bestimmungen, wie das gemeine Recht; insbesondere ist sie nicht mehr frei zurückziehbar. Sie findet ihre Regelung in § 2301. Hiernach muß man unterscheiden zwischen der vollzogenen Schenkung und dem Schenkungsversprechen. Erstere unterliegt den Vorschriften, welche für die Schenkungen unter Lebenden gegeben sind, ist somit nur im Falle groben Undankes widerruflich; das Schenkungsversprechen dagegeu ist den Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen unterworfen, und kann daher, wie das Testament jederzeit frei widerrufen werden.

Nach BGB. finden wir also bei der vollzogenen Schenkung von Todeswegen einen echten Widerruf. Während so einerseits der Widerruf nur auf den Schenker sich beschränkt, ist dem Schenker andererseits auch ein Anfechtungsrecht gegeben; dieses ist keine Besonderheit, sondern fällt unter die allgemeinen Grundsätze über die Gültigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte und beruht mithin auf einem Mangel des Rechtsgeschäfts der Schenkung selbst.[1]

Es mag hier kurz auf das Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers und das Rückforderungsrecht wegen Nichterfüllung eines Modus eingegangen werden.

Beide Arten sind — dieses geht klar aus der Gegenüberstellung zum Widerruf im BGB. hervor — nicht unter den Begriff des Widerrufs zu fassen.

Das Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers ist erst, abgesehen von partikularrechtlichen Bestimmungen, durch das BGB. geschaffen worden.

1) So die Anfechtung wegen Irrtum, Zwang, Betrug.

Im gemeinen Recht finden wir ähnliche Bestimmungen nur bei dem Schenkungsversprechen in der sogenannten Kompetenzeinrede.[1]

Der Schenker durfte nämlich unter Berücksichtigung seiner übrigen Schulden von seiner Schenkungsschuld soviel abziehen, als er gebrauchte, um notdürftig leben zu können

Ein Widerruf kann dieses Recht aus dem Grunde nicht sein, weil ersterer die Aufhebung der ganzen Schenkung zur Folge hat, hier aber nur ein Teil der Leistung verweigert werden darf.[2]

Das BGB. hat nun dieses Kompetenzrecht nicht allein auf das Schenkungsversprechen beschränkt (§ 519), sondern sogar auf die Realschenkung ausgedehnt (§ 528), während der erste Entwurf keine derartigen Bestimmungen enthielt. Es ist so gleichsam ein Ersatz geboten für die Aufhebung des gemeinrechtlich in der Praxis gehandhabten Widerrufsrechts wegen nachgeborener Kinder.

Maßgebend ist für die Höhe des Abzugs im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht der zum Leben notdürftige, sondern der standesgemäße Unterhalt. Natürlich liegt auch hier, weil es ein kraft Gesetzes gegebener Anspruch ist, der nicht erst durch Reuruf ins Leben gerufen werden muß, kein Widerrufsrecht vor, und erübrigt es sich daher näher darauf einzugehen.

Ebensowenig ist das bei der Schenkung unter einer Auflage wegen Nichterfüllung des Modus dem Schenker gegebene Rückforderungsrecht nach dem gemeinen Recht, wie

---

1) Die Praxis kannte allerdings ein Widerrufsrecht aus Bedürftigkeit wegen nachgeborener Kinder. Darüber später S. 52.

2) Schollmeyer S. 29.

BGB. ein Widerruf. Die donatio sub modo ist eine vollgültige Schenkung, denn der modus zwingt, aber suspendiert nicht. Sie ist nach dem BGB. eine Zuwendung, welche als Hauptzweck die unentgeltliche Bereicherung des Beschenkten, als Nebenzweck die Vollziehung der Auflage verfolgt.[1] Nach Gemeinem Recht war allerdings die causa auch eine gemischte, es war jedoch bestritten, welches als das Hauptgeschäft anzusehen sei.[2]

Durch die Annahme der Schenkung wird der Beschenkte zur Vollziehung der Zweckbestimmung verpflichtet; daher kann der Schenker bei Nichterfüllung derselben das Geschenkte zurückverlangen, und zwar gemeinrechtlich nach dem Recht der Voraussetzungen[3] seinem ganzen Umfange nach;[4] nach BGB. § 527 dagegen nur insoweit, als das Geschenk

---

1) Planck, Bem. zu § 527; Dernburg, BGB. II, 2, S. 135.

2) Vergl. darüber Savigny, System IV, S. 281 ff. Er hält Schenkung und Modus für einen einheitlichen, untrennbaren Vertrag, als deren Hauptinhalt die Modalsatzung anzusehen sei; so auch für das römische Recht, Schollmeyer, II; dagegen Pernice, Labeo S. 94 ff.: Der Modus ist ein selbständiger Vertrag neben der Schenkung, der einen Nebenzweck verfolgt. Hauptzweck ist die Schenkung (S. 197). Über die rechtl. Natur der d. s. m. vergl. außerdem: Meyerfeld I, S. 413 ff.; Voigt, cond. ob causam, S. 711 ff.: Wendt, Reurecht I, S. 57 ff.; Windscheid II, S. 527 ff. § 368 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 S. 161 ff. Gegen Windscheid: Lenel ebenda Bd. 79 S. 44 ff., S. 66 ff., S. 75 ff., Pollack S. 62 A. 108, und die dort angeführte Litteratur; Oertmann, Kommentar II, S. 245; Endemann I, S. 742.

3) Windscheid, Pand. II, S. 527.

4) Nach Savigny mit der cond. ob causam datorum. Vergl. hierüber: l. 3, C d. cond. ob. c. 4,6; Meyerfeld I, S. 413 ff. Dort weitere Quellenstellen. Savigny, System IV, 281 ff. Dagegen Pernice Labeo S. 88 ff., S. 290 ff. Daneben ist nach dem gemeinen Recht ein Anspruch auf Vollziehung der Auflage gegeben mit der actio praescriptis verbis. Ebenso nach BGB. ein Anspruch auf Vollziehung der Auflage § 525.

zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, und nur dann, wenn nicht ein Dritter die Erfüllung der Auflage verlangen kann.

Infolgedessen liegt hier kein Widerruf der Schenkung vor, sondern eine Rückforderung wegen Nichterfüllung eines Modus.

Außerdem ist aber nach dem gemeinen Recht ein Widerruf auf Grund der Schenkung wegen groben Undanks durch Justinian gegeben, weil man in der Nichterfüllung der Auflage einen solchen sah. Dieses ist natürlich ein echter Widerruf.

Der Schenker hat also die Wahl, auf welche Weise er die Schenkung rückgängig machen will.[1]

Als eine Schenkung unter einer Voraussetzung (nämlich der späteren Eheschließung) gelten nach BGB. auch die von Verlobten einander gemachten Zuwendungen.[2] Sie können daher nach § 1301 bei dem Nichtzustandekommen der Ehe wechselseitig nach den Bereicherungsgrundsätzen zurückgefordert werden.

Dieses Recht steht dem Schenker auch nach gemeinem Recht zu, jedoch ist es hier zweifelhaft, ob die Schenkung unter der Bedingung[3] oder unter der Voraussetzung späterer Ehe[4] gemacht sei.

---

1) Vergl. Schilling III, S. 959 und die Anm. 11. S. 969 Citierten.

2) Siehe Mot. IV, S. 6 „Schenkungen unter Verlobten sind im Zweifel als unter der Voraussetzung gemacht anzusehen, daß die Eheschließung erfolgen werde."

3) So Meyerfeld I, S. 408, Schenkungen sind stillschweigend als unter einer Resolutivbedingung gemacht, anzusehen; Lenel, Archiv Bd. 79 S. 79, auf Grund der fragm. Vaticana § 262. Vergl. A. 23, Siehe auch l. 15 C. 5,2.

4) Vergl. Windscheid, Voraussetzungen.

Mag man sich der ersteren Ansicht anschließen oder der der letzteren, niemals ist dieses Rückforderungsrecht ein Widerruf, denn entweder ist die bedingte Schenkung nicht vollgültig, oder sie ist unter einer Voraussetzung gegeben, und dann gelten die oben dargelegten Grundsätze.[1]

Selbstverständlich kann auch hier aus dem Gesichtspunkt des groben Undanks ein wahrer Widerruf stattfinden, ohne Rücksicht auf die spätere Ehe.

Es scheiden somit alle diese erörterten Fälle: die Anfechtbarkeit, die Nichtigkeit der Schenkung, das Rückforderungsrecht bei der nicht völlig gültigen Schenkung, sowie wegen Kompetenz, Nichterfüllung einer Auflage, das Rückforderungsrecht des Verlobten wegen Nichtzustandekommens einer Ehe, aus dem Kreise unserer Betrachtungen aus, (nach dem gemeinen Recht auch die donatio mortis causa.)

Der Widerruf ist, nach unserer Darstellung die, höchst persönliche Befugnis des Gebers, durch seine Erklärung das vollgültige Rechtsgeschäft der Schenkung unter gewissen Voraussetzungen ausnahmsweise aufzuheben. Auf diesen wahren Widerruf soll im folgenden eingegangen werden.[2]

1) Cosack I, S. 495, Endemann I, S. 747 sprechen von einem Widerruf wegen Nichtzustandekommens der Ehe.

2) Im Folgenden wird nur von den gesetzlichen Fällen des Widerrufs gehandelt. Selbstverständlich kann er auch vertragmäßig ausbedungen werden. Er hat dann die Natur eines Modus.

III. Historische Entwickelung des Widerrufs.

Historisch zeigt sich der Widerruf, wie wir oben[1] gesehen haben, zuerst in der lex Cincia de donis et muneribus,[2] einem Plebiscit aus dem Jahre 550 der Stadt Rom (204 v. Chr.), über welches uns erst die fragmenta Vaticana näheren Aufschluß gegeben haben.

Zunächst enthält das Gesetz neben dem Verbote der Annahme von Schenkungen seitens des Sachwalters vor Gericht lediglich Bestimmungen über Maß[3] und Form[4] der Zuwendung. Aber das Gesetz ist eine lex imperfecta, d. h. sie enthält zwar gesetzliche Vorschriften, aber ohne Strafandrohung oder irgend eine andere Bestimmung im Falle der Nichterfüllung derselben.[5]

Aus diesem Charakter ergibt sich, daß die in Überschreitung der Vorschriften gemachten Schenkungen an sich nicht ipso jure nichtig, aber auch nicht perfekt sind. Der Schenker hat vielmehr gegen Forderungen inbetreff solcher Schenkungen, seien sie stipuliert oder durch mancipatio abgeschlossen, die exceptio, resp. replicatio legis Cinciae.[6]

Ferner hat er eine condictio auf das, was durch die donatio contra legem Cinciam in das Vermögen des

---

1) S. 21.

2) Vergl. hierüber Pollack S. 17 ff., Literatur S. 17 A. 19.

3) Daß die l. Cincia ein bestimmtes, uns unbekanntes Maß festsetzte, siehe H. Pernice, Insinuation S. 4 A. 14 und die dort Citierten.

4) Ebenfals bestritten. Siehe Pollack S. 18 A. 19; H. Pernice, Insinuation S. 4 A. 15. Auch auf die anderen zahlreichen Controversen betreffs der l. C. einzugehen ist hier nicht der Ort. Siehe dieselben zusammengestellt bei H. Pernice S. 4 A. 13.

5) Nach Macrobius (somn. Scip. II, 17) eine „lex in qua nulla deviantibus poena sancitur".

6) fragm. Vaticana § 313.

Beschenkten gelangt ist. Endlich gab der Prätor dem Schenker, wenn er durch die Schenkung eine Klage ipso jure verloren hatte, diese als actio rescissoria wieder.[1]

Infolgedessen ist es allein dem Willen des Gebers überlassen, ob er die Zuwendung zur Perfektion bringen will dadurch, daß er sich außer jedem Verhältnisse zu dem geschenkten Gegenstande setzt,[2] vorausgesetzt, daß die Bestimmungen der lex Cincia nicht eingehalten sind, oder daß der Beschenkte nicht zu den personae exceptae legis Cinciae[3] gehört.

Es ist somit durch das Gesetz dem Schenker ein freier Widerruf gegeben, der sich aber von dem späteren insofern unterscheidet, als er nicht von besonderen äußeren Voraussetzungen, wie Undank ꝛc. abhängig ist, sondern einzig und allein bedingt ist durch die Nichtperfektion der Schenkung. Stirbt der Schenker, so tritt die Vollgültigkeit der Schenkung von selbst ein, was die Quellen in dem Satze ausdrücken: „morte Cincia removetur".[4]

Im Laufe der Zeit ist die lex Cincia weiter ausgebildet, auf andere Personen ausgedehnt, ein neues Maß, neue Formen eingeführt, die Insinuation geschaffen, und wird allmählich durch die Gesetzgebung der Kaiser des 4. Jahrhunderts nach Chr. beseitigt.[5]

Neben ihr entwickelte sich, unzweifelhaft beeinflußt durch die lex Cincia, im 3. Jahrhundert p. Chr. ein wahrer unbeschränkter Widerruf vollkommen gültiger Schenkungen

1) z. B. wenn die Schenkung durch Delegation geschehen war.

2) Die bloße Tradition genügt bei res mancipi nicht denn es bleibt dem Geber immer noch als Band das nudum jus Quiritium.

3) Vergl. hierüber Schilling III, S. 870, Pollack S. 19 A. 22.

4) fragm. Vaticana, § 259.

5) Vergl. Die Entwickelung bei Schilling, III, S. 889 ff.

aus dem alten, quellenmäßig verbürgten Rechte, daß der Patron Schenkungen an Freigelassene willkürlich zurücknehmen konnte.

Die erste Erwähnung dieses Rechts, dessen Ursprung unbekannt ist, finden wir in einem Reskript des Kaisers Philippus aus dem Jahre 249 p. Chr., welches uns in dem § 272 fragmenta Vaticana überliefert ist:

„Inter patronos et libertos de jure donationum „tractari non oportet, cum etsi perfectis dona„tionibus in possessionem inductus libertus quan„tolibet tempore ea, quae sibi donata sunt pleno „jure ut dominus possederit, tamen omnis donatio „mutata patronorum voluntate revocanda sit."

In einem weiteren Reskript aus dem Jahre 296 von Diocletian ist das Recht des unbeschränkten Widerrufs auch für die patrona anerkannt, indem erst durch den Tod derselben, ohne daß sie widerrufen hatte, die Schenkung satis munitum est.[1]

Hiernach war es also jederzeit dem Willen des schenkenden Patrons überlassen, ob er eine Schenkung bestehen lassen wollte oder nicht. Angenommen ist jedoch, wie der weitere Wortlaut der fragm. Vaticana § 272 ergibt, daß er von seinem Rechte nur bei ungebührlichem Betragen des Freigelassenen („cum coeperint obsequia" und weiter „insolentia") Gebrauch machen werde; wann aber ein

1) „Si igitur patrona tua in rebus humanis agens supradicto jure „ex causa donationis, retento sibi usufructu ad te eundum fundum „transtulit, intellegis jus tuum satis esse munitum, si tamen cum „moreretur patrona, quem praedium donasse commemoras possessio„nem rei donatae non revocavit" fragm. Vat. 313.

solches vorlag, ist nicht richterlichem Ermessen, sondern der Entscheidung des Patrons überlassen.[1]

Dieser Widerruf ist aktiv wie passiv unvererblich,
„stabit inter ipsorum tantum liberalitatem qui
„donaverunt",

und steht weder den Söhnen, noch den Rechtsnachfolgern des Schenkers zu. Die hieraus entspringende Widerrufsklage dagegen ist vererblich.[2]

Daß sich aus der freien Widerrufsbefugnis Härten für den Beschenkten ergaben, ist natürlich, und daher wurde allmählich der Widerruf nur auf den Fall erwiesener Undankbarkeit des Beschenkten beschränkt, jedoch seine Geltendmachung allein, wie bisher, dem Ermessen des Gebers überlassen. In dieser Form finden wir dann in l. 1 pr. C. Just 8, 55 das Reskript des Philippus in das corpus juris aufgenommen.[3] Zu welcher Zeit diese Beschränkung

---

1) Das Scholion zu § 272 fr. Vat. hält fälschlicherweise die Undankbarkeit des Beschenkten geradezu für eine Bedingung des Widerrufs:
„in libertos collatum a patronis donationem, si ingrati exstent,
„revocandum, vel si nomine eorum quid emptum sit." Nach diesem Vorgange will sogar Klinkhammer den Zusatz „si ingratus sit" aus l. 1 pr. C. 8,55 in den Text der fragm. Vat. § 272 übernehmen. Vergl. hiergegen Schilling, III S. 965, Anm. v. Pollack, S. 41, A. 68.

2) Vergl. fragm. Vatic. § 272. Schluß; Pollack, S. 42 f.

3) Siehe die oben S. 45 citierte lex des Philippus nur mit dem Zusatze „si ingratus sit." und unter Weglassung der Eingangsworte:
„inter patronos et libertos de jure donationum tractari non oportet."
Aus gleicher Veranlassung, wegen Undanks, oder „si manumissus
„quadam jactantia vel contumacia cervices adversus patronum erexerit
„aut contraxerit levis offensae culpam", steht es dem Patron frei, die Freilassung wieder aufzuheben, womit dann ebenfalls die Schenkung zusammenfällt. Es ist jedoch gerichtlicher Beweis notwendig l. 2 C. 6,7.

eingetreten ist, steht nicht fest. Schilling[1] legt sie in die erste Hälfte des 4. Jahrhunderts n. Chr. und begründet seine Meinung damit, daß ein Reskript Diocletians aus dem Jahre 296 p. Chr. noch das alte, unbeschränkte Widerrufsrecht erwähnt, dagegen in einer Verordnung des Constantius aus dem Jahre 355[2] das Recht des Widerrufs nur in einem speziellen Falle (wegen nachgeborener Kinder) anerkannt wird, „was doch offenbar ganz zwecklos „und überflüssig gewesen sein würde, wenn damals noch „das unbeschränkte Widerrufsrecht der Patrone bestanden „hätte."

Durch die soeben erwähnte Verordnung des Constantius wird das Widerrufsrecht des Patrons erweitert, indem es ihm jetzt nicht nur wegen Undanks zusteht, sondern er es auch wegen nachgeborener Kinder bezüglich der ganzen Schenkung ausüben darf.[3]

Ebenso dehnt sich der Kreis der Widerrufsberechtigten allmählich aus. Ursprünglich sind Schenkungen des Vaters an die in seiner potestas befindlichen Kinder nichtig, denn der Vater kann keine Rechte auf sie übertragen, sie können

1) S. 957 in Verbindung mit A. p. S. 965. Ebenso Pollack S. 44. A. 74.

2) l. 3 Th. C. VIII, 13, aufgenommen in l. 8 C. 8,55) „Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus et postea susceperit liberos. totum quidquid largitus fuerit, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac dicione mansurum".

3) In der Litteratur (vergl. Pollack A. 76) hat man bezüglich dieses Widerrufs die Behauptung aufgestellt, daß die Tatsache der späteren Geburt eines Kindes die ganze Schenkung ipso jure aufhebe, eine Tatsache, die sich aus den Worten „revertatur in ejusdem arbitrio ac dicione mansurum" ergebe. Hätte aber der Kaiser wirklich eine derartige Ausnahme beabsichtigt, würde er wohl andere Worte angewendet haben (vergl. Pollack S. 46 f.).

keine Rechte für sich erwerben, sondern sie erwerben alles ipso jure nur für den Vater; die Schenkung wird auch nicht gültig, wenn der Vater stirbt, ohne widerrufen zu haben.

Schenkt er dagegen einem emancipatus, so wird die Schenkung durch den Tod des Gebers unwiderruflich.[1] Aber auch dieses freie Revokationsrecht des Vaters wird eingeschränkt.

Schon um 340 n. Chr. erwähnen Constantius und Constans ein Gesetz ihrer Ahnen,[2] nach welchem es dem Vater gestattet ist, wegen gerichtlich erwiesener Impietät seiner (emanzipierten) Kinder die ganze Schenkung zu widerrufen.

Bestritten ist aber, zu welcher Zeit dieses Gesetz gegeben ist. Einige,[3] schreiben es dem Constantius Chlorus und Galerius Maximianus, also um 300 n. Chr. zu, andere wieder dem Diocletian;[4] jedenfalls ist es nicht vor 300 n. Chr. anzusetzen, denn Diocletian erkennt das hierdurch verbürgte Recht in einem Reskript aus dem Jahre 294 ausdrücklich noch nicht an;[5] durch die indignatio patris könne eine gültige Schenkung niemals umgestoßen werden.

Aus dem Jahre 350 ca. besitzen wir dann eine Verordnung Kaiser Constantins des Großen, welche dem Vater das Recht giebt, die Emanzipation der Kinder aufzuheben, womit auch die Schenkungen zusammenfallen,

1) fragm. Vaticana § 294. So entscheidet Papinian im XII. Buch responsorum.

2) l. 2 Th. C. VIII, 13. Siehe Schilling III, S. 966 A. s.

3) So Schilling III, S. 958.

4) Vergl. hierüber Schilling III, S. 966. A. s.

5) fragm Vaticana § 314. Über die Bedeutung von indignatio siehe Schilling III, S. 966. A. r.

„si constiterit, liberos juxta patrem superbe crude-
„literque se tollere.“ [1]

Was unter Undank zu verstehen sei, wird durch eine Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 426 v. Chr. näher bezeichnet.[2] Väter, Großväter und Ahnen dürfen nur dann das Geschenkte von ihren Deszendenten zurückfordern, wenn sie deutlich nachweisen, daß der Emanzipierte contra pietatem und in ganz besonderen, gesetzlich festgelegten Fällen undankbar gewesen sei.

Auch für die mater donatrix wird das Recht des Widerrufs nur in beschränkten Maße zugelassen. In l. 3. C. 8, 55 aus dem Jahre 284 und l. 6. C. eod. aus dem Jahre 294 stammend, wird ihr das Recht, die Schenkung aus bloßer Reue oder einem nichtigen Vorwand zu revozieren, ausdrücklich abgesprochen.

Außerdem hielt schon Papinian[3] gerichtliche Entscheidung für notwendig zur Rückforderung derjenigen Sachen, welche die Mütter „extra dotem filiae nomine“ dem Manne gegeben hatte.[4]

Durch eine Verordnung von Constantius und Constans aus dem Jahre 349 n. Chr.,[5] wurde die Frau noch weiter beschränkt: Sie durfte keine zweite Ehe eingegangen sein, noch einen liederlichen Lebenswandel führen. Weitere Voraussetzungen ihrer Berechtigung waren: grober Undank der Kinder, so wie Civität beider Teile, der Schenkerin wie

1) fragm. Vaticana § 248.
2) l. 6, Th. C. VIII, 13. (Aufgenommen in l. 9, C. J. 8, 55).
3) l. 31. § 1. D. 39. 5.
3) Über die Echtheit dieser Stelle siehe Schilling III, S. 967 r.
5) l. 1. Th. C. VIII; 13.

der Beschenkten; außerdem konnte sich der Widerruf nur auf die Hälfte des gegenwärtigen Bestandes der Schenkung erstrecken.

Nach l. 7. C. J. VIII, 55 endlich ist die Frau zwar ebenfalls beschränkt gegenüber der Befugnis des Mannes, es wird jedoch abgesehen von dem Erfordernis der Civität, und ihr ist ferner das Recht der Rückforderung der ganzen Schenkung eingeräumt worden. Grober Undank der Kinder, Ausschluß der Wiederverheiratung und ein sittlicher Lebenswandel sind aber als Voraussetzungen geblieben.

Auch eine Art von Widerruf — kein eigentlicher, sondern nur ein Rückforderungsrecht — wegen nachgeborener Kinder wird den Aszendenten durch ein Riskript Diocletians und Maximians[1] gegeben. Es unterscheidet sich aber wesentlich von dem Widerrufsrechte des Patrons wegen der gleichen Ursache. Während nämlich ersterer die ganze Schenkung rückgängig machen konnte, gleichgültig inwieweit er sein Vermögen durch die Schenkung geschmälert hatte, tritt in letzterem Falle nur bei Verbrauch des ganzen Vermögens durch Schenkung an emanzipierte Kinder eine Rückforderung insoweit ein, als sie notwendig war, um den Pflichtteil dieser nachgeborenen Kinder zu ergänzen.[2]

Der Widerruf des Patrons stellt eine Befugnis des Schenkers dar, und ist von dessen Willen abhängig, das Rückforderungsrecht des Aszendenten dagegen tritt ipso jure ein und kann auch von den benachteiligten Deszendenten nach seinem Tode geltend gemacht werden.

1) l. 5. C. III, 29.

2) Über die verschiedene Deutung dieses Reskripts, siehe Schilling III, S. 973, A. x. x.

Wir finden somit in der vorjustinianischen Gesetzgebung nur ein Widerrufsrecht bei Schenkungen des Patrons an seine Freigelassenen wegen groben Undanks und nachgeborener Kinder, sowie des Vaters und der Mutter, (letztere unter beschränkenden Voraussetzungen,) gegen ihre emanzipierten Kinder wegen Undanks.

Justinian gab nun die revocatio donationis des Patrons und der Eltern allgemein allen Schenkern in einer constitutio aus dem Jahre 530 p. Chr.[1] durch die Worte:

„generaliter sancimus omnes donationes."

Im Verlauf der Verordnung fixiert er 5 Fälle gesetzlich, welche ausschließlich[2] als grober Undank anzusehen seien, und deshalb die Befugnis zur Revokation begründen.

Diese Fälle sind: Schwere wörtliche oder tätliche Beleidigung des Schenkers, bedeutende Vermögensschädigung desselben, lebensgefährliche Nachstellung und endlich Nichterfüllung einer Auflage.

Diese Bestimmungen sind dann auch für das gemeine Recht maßgebend gewesen.

---

1) l. 10, C. 8, 56. „generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut injurias atroces in eum effundat vel manus impias infeart, vel jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel vitae periculum aliquid ei intulerit vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis si fuerint in judicio dilucidis argumentis cognationaliter adprobatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus.

2) Dieses geht klar hervor aus den Worten: „ex his tantummodo causis". So auch der größte Teil der gemeinrechtlichen Doktrin: Donellus XIV, 37 § 6–15, Savigny System IV, S. 233, Heimbach S. 708, Schilling III, S. 559. Ferner Pollack und die in Anm. 89, S. 51 Citierten. Auch Dernburg Pand. II S. 296.

Daneben ist gemeinrechtlich in der Praxis ebenfalls ein Widerruf wegen nachgeborener Kinder zugelassen, wenn nach dem Gegenstande der Schenkung anzunehmen ist, daß der damals kinderlose Schenker in Voraussicht des Ereignisses die Schenkung nicht gemacht hätte.

Diese Handhabung beruht wohl auf der überwiegenden, aber fälschlichen Meinung der älteren Rechtslehrer, daß diese Art des Widerrufs nicht ein singuläres Recht des Patrons sei, sondern durch seine Aufnahme in die von der revocatio donationis handelnde Stelle des Corpus Juris von Justinian auf alle Schenker ausgedehnt sei.

Hätte Justinian aber derartiges beabsichtigt, so würde er wohl in l. 10, C. 8,55 diesen Widerrufsgrund ausdrücklich neben dem groben Undank erwähnt haben; es ist daher anzunehmen, daß er ihn nur für den Patron zugelassen hat, und daß mit Beseitigung dieses Verhältnisses in Deutschland er somit ebenfalls geschwunden ist.[1]

Die von Justinian in l. 10. C. 8, 55 gegebenen Vorschriften beziehen sich nur auf den donator.[2]

---

1) Vergl. hierüber Literaturangaben bei Pollack S. 66. A. 112; Bekker, Pandekten II, S. 189 k hält es für antiquiert, „es fehle an dem Nachweis gewohnheitsrechtlicher Reception und „Beharrens der Praxis bei dem Recipierten"; Dernburg, Pandekten II, 297. A. 16, welcher es zwar als nicht begründet anerkennt, jedoch für human und zweckmäßig hält. Puchta § 70 Anm. d. dagegen hält es für richtig, weil es durch eine sichere Praxis entschieden sei."

2) So Donellus XIV, c. 29, § 11. Anderer Ansicht Pollack, S. 52, A. 92, welcher ausführt, daß durch l. 10, C. 8,55, die Bestimmungen dieser Konstitutio generaliter auf alle Schenkungen, also auch auf die der mater donatrix ausgedehnt seien. Daneben sei natürlich eine Beschränkung für die mater binuba durch Nov 22 statthaft. Ich bin dagegen der Meinung, daß die l. 7 C. 8,55 neben der 10, C. 8,55 für die mater donatrix Bestand haben sollte, und daß

Bezüglich der mater donatrix war in l. 7. C. 8, 55 bestimmt worden, daß sie das Recht des Widerrufs nur bei Nichtwiederverheiratung und bei Führung eines sittlichen Lebenswandels haben sollte.

Justinian setzte nun später durch eine Novelle vom Jahre 536[1] drei Fälle fest, in welchen die mater donatrix, trotz nochmaliger Ehe die gemachten Schenkungen widerrufen könne. Diese sind aus dem Gesichtspunkte des groben Undanks normiert und decken sich im Großen und Ganzen mit denen, welche für den Schenker aufgestellt waren, nämlich Lebensnachstellung, tätliche Beleidigung und Entziehung des ganzen Vermögens.

Da hier der liederliche Lebenswandel nicht erwähnt, wird, so steht ihr in diesem Falle das Recht nicht zu. Bestritten ist unter den Juristen, ob die Novelle auch auf die ledig bleibende Mutter Anwendung finden solle; ich schließe mich der Ansicht Savigny's an,[2] daß dieses nicht der Fall sei, da es sich hier nur um singuläre Bestimmungen handelt, und man „bei so willkürlichen Voraus„setzungen die bloße Konsequenz nicht mit demselben Ver„trauen wie bei anderen Rechtsregeln geltend machen kann."

Die Voraussetzung des Widerrufs nach gemeinem Recht sind demnach folgende:

1. Allgemein: Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit des Schenkers.[3]

durch Nov. 22 die dieser zustehenden Rechte auch der mater binuba in beschränktem Maße zugänglich gemacht werden sollten, vergl. auch Sintenis S. 209, Bekker II, S. 188 Anm. i.

1) Novelle 22, c. 35.

2) Savigny, System IV, S. 236 Anm. o., Schilling III, S. 969, A. 99. Dagegen Donellus XIV, c. 27, § 24.

3) Die Frage kann akut werden, falls der Schenker nach Perfektion der Schenkung geschäftsunfähig wird. Kann dann die Schen-

2. Speziell: Grober Undank des Beschenkten laut den den fixierten Fällen.

Der Frau steht dieses Recht nicht zu, falls sie wieder heiratet oder einen liederlichen Lebenswandel führt; in zweiter Ehe nur in beschränktem Maße.

Auch das BGB. § 530, 1 hat aus Gründen der allgemeinen Anschauung, wenn auch nach den Motiven II. 302 „als etwas Anormales," den Widerruf „wegen groben Un„danks des Beschenkten durch schwere Verfehlungen gegen „den Schenker oder einen Angehörigen desselben" zugelassen, spezialisiert aber die Fälle der Undankbarkeit nicht. Der erste Entwurf dagegen hat in § 449 vier Fälle übereinstimmend mit l. 10. C. 9, 55 festgesetzt, in welchen ausschließlich[1] der Widerruf zulässig sein sollte.[2] Hiergegen jedoch hatte sich lebhafter Widerspruch erhoben.[3] Denn

---

kung noch widerrufen werden? Nein! denn einmal kann der Geschäftsunfähige eine rechtliche Willenserklärung nicht mehr abgeben, andererseits kann der gesetzliche Vertreter nicht für ihn eintreten, denn der Widerruf ist ein höchst persönliches Recht und beruht auf dem Willen des Berechtigten. Der gesetzliche Vertreter ist aber nicht Vertreter des Willens des Geschäftsunfähigen, sondern er handelt nur für ihn. Anders dagegen gestaltet es sich, falls der Schenker nur in der Geschäftsunfähigkeit beschränkt wird. Dann kann er selbständig widerrufen, denn nach gemeinem Recht, (mit welchem auch das BGB. § 107 übereinstimmt), kann er Willenserklärungen, durch welche er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, selbständig vornehmen.

1) Mot. II, S. 302, „Andere Gründe, als die hier aufgezählten, berechtigen nicht zum Widerruf".

2) Der § 449 lautete: „Eine Schenkung kann wegen groben „Undanks durch eine gegenüber dem Beschenkten abzugebende Er„klärung widerrufen werden, wenn der Beschenkte dem Leben des „Schenkers nachgestellt, oder demselben die Freiheit zu entziehen ge„sucht hat, oder einer vorsätzlichen Körpermißhandlung oder schweren „Beleidigung desselben sich schuldig gemacht hat, oder wenn er ihm „einen bedeutenden Vermögensverlust vorsätzlich zugefügt hat".

3) Vergl. Reatz, Gutachten, S. 225.

einerseits ist die Begrenzung zu eng gezogen, andererseits ist nicht jede vorsätzliche Handlung genügend, um groben Undank zu rechtfertigen.

Unserer heutigen Rechtsanschauung entspricht es wohl, vorsätzliche Handlungen des Beschenkten, nicht auch fahrlässige als Undank anzusehen, aber ein solcher kann sich nicht nur in positiven Handlungen zeigen, sondern gleichfalls in einem Unterlassen liegen z. B. Nichtanzeige einer gegen den Schenker beabsichtigten schweren Vermögensbeschädigung von Seiten Dritter, von welcher der Beschenkte Kenntnis hat; auch indirekt kann sich der Beschenkte dadurch undankbar zeigen, daß er in einem anhängigen Prozesse zu Ungunsten des Schenkers einen Meineid leistet; Ehebruch des Beschenkten mit der Gattin des Schenkers kann ebenfalls grober Undank sein. Außerdem aber kann Undank nicht nur in Taten gegen den Schenker, sondern auch gegen dessen Angehörige liegen.

In Erkenntnis dieser Gründe hat die Mehrheit der II. Kommission sich für eine Erweiterung des Paragraphen ausgesprochen und ihm die jetzige Fassung gegeben.[1]

Es ist demnach dem freien Ermessen des Richters ein erheblicher Spielraum gelassen, in welchem Falle er die Verfehlung des Beschenkten als schwerwiegend und groben Undank begründend ansehen will, wenn er auch zunächst bei seinen Entscheidungen sich an die bisherige Praxis halten und diese zu Grunde legen wird. So wird leichte Verbalinjurie, Verweigerung der Beihülfe in Zeiten der Not und Gefahr, nicht genügen können, den Widerruf zu rechtfertigen, dagegen müssen schwere wörtliche oder tätliche Beleidigung

1) Protokolle II, S. 1676 ff.

auch widerrechtliche Herbeiführung einer Entmündigung,[1] als schwere Verfehlungen, die sich als einen groben Undank charakterisieren, betrachtet werden, ebenso wie der bloße Versuch schon genügen kann, einen solchen zu begründen.

Objektive Rechtswidrigkeit der Verfehlung halte ich nicht immer für erforderlich und stimme daher mit Oertmann[2] überein, daß man dieses Moment nicht als Charakteristikum hineintragen darf, wo es das Gesetz nicht ausdrücklich erfordert. Es ist vielmehr die Lage des einzelnen Falles entscheidend. Planck[3] ist der Ansicht, daß z. B. die in Notwehr, Notstand, Selbsthülfe oder Nothülfe[4] (bei welchen Handlungen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist) gegenüber dem Schenker verübte Tat eine schwere Verfehlung nicht darstelle, mithin einen Widerruf nicht begründen könne.

Dieser Auffassung muß man beistimmen, insofern hier die rechtliche Verfehlung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

Aber man muß unterscheiden zwischen rechtlicher und moralischer Verfehlung. Letztere kann, wenn auch eine rechtliche Verfehlung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, dennoch in dem Verhalten des Beschenkten liegen und so schwerwiegend sein, daß sie groben Undank begründet, z. B. jemand macht ein ihm zustehendes Recht, wie Anmeldung des Konkurses als Gläubiger in der Absicht geltend, dem Schenker als Schuldner einen Schaden zuzufügen.

Wenn Oertmann[5] auch die fahrlässig begangene Verfehlung für undankbegründend ansieht,

1) Protokolle II, S. 1677.
2) Kommentar II, S. 251.
3) Kommentar II, S. 293.
4) § 227—230, § 904 BGB.
5) Kommentar, S. 251.

„weil die Dankbarkeit sich gerade darin zeigen muß,
„daß man sich vor unabsichtlichen Verletzungen des
„Schenkers besonders in Acht nimmt",

so glaube ich, daß die hier vertretene Ansicht zu weit führen würde, daß besonders der Beweis, inwieweit die Achtsamkeit zu gehen habe, nicht zu erbringen wäre. Auch stimme ich vollkommen mit Raeke[1] überein, „daß die fahrlässige „Handlung nicht gewollt ist, durch eine ungewollte Handlung „aber Undank nicht zum Ausdruck gelangen kann."

Oertmann führt als Beispiel für eine fahrlässige, groben Undank begründende Verfehlung an, daß man auf einer Hochtour den Ermatteten nicht seinem Schicksal überlassen dürfe. Tut man dieses aber, so handelt man, m. E. nicht mehr fahrlässig, sondern böswillig. Ebenso kann kein grober Undank vorliegen, wenn dem Beschenkten die Person des Schenkers oder das Bestehen einer Schenkung unbekannt war.

Ist die Bestimmung des Vorhandenseins groben Undanks dem richterlichen Ermessen überlassen, so ist auch der Kreis der Angehörigen des Schenkers, gegen welche sich die Verfehlung richten kann, durch das Gesetz nicht näher bestimmt worden, sondern der Entscheidung des Gerichts anheim gestellt. „Denn die Frage, ob in einer schweren Ver„fehlung einem Angehörigen des Schenkers gegenüber grober „Undank zu erblicken sei, läßt sich nicht objektiv feststellen „nach Grundsätzen der Verwandtschaft, sondern nur unter

---

1) Raeke, Widerruf der Schenkung nach gemeinem Recht und BGB. S. 52.

„Würdigung der konkreten Beziehungen zwischen Schenker „und dem betreffenden Angehörigen".[1]

Eine Grundlage für die Beurteilung wird der § 52, 2 im Strafgesetzbuch bieten.

Andere Widerrufsgründe, welche die bisherigen Rechte kannten, sind im BGB. durch Nichterwähnung beseitigt worden, so namentlich das gemeinrechtliche Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder.[2]

Dagegen hat das BGB. eine neue Art des Widerrufs in § 1584, 1 speziell für die Ehegatten geschaffen. Danach wird bei Ehescheidung demjenigen, welcher nicht als der schuldige Teil erklärt wird, das Recht gewährt, die während des Brautstandes oder während der Ehe gemachten Geschenke — und zwar sämtliche — zu widerrufen, gleichgültig, ob schwere Verfehlungen des anderen Teils groben Undank begründen oder nicht.

Man geht wohl nicht fehl in der Annahme, daß in dem Verschulden des Ehegatten ein grober Undank zu sehen ist, der unter allen Umständen genügt, den Widerruf herbeizuführen, so daß der Richter der Prüfung, ob eine schwere, Undank begründende Verfehlung vorliegt, durch das Scheidungsurteil überhoben wird.[3]

Als allgemeine Voraussetzungen des Widerrufs gelten nach BGB. dieselben, wie für das gemeine Recht, also Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit des Widerrufsberechtigten.

1) Protokolle II, S. 1678.

2) Mot. II, S. 305.

3) So hält auch Planck IV, S. 336 zu § 1584 Nr. 1, dieser Widerruf als eine „Fortbildung des Gedankens, auf welchem die Vorschriften über den Widerruf einer Schenkung wegen Undankes beruhen". Anderer Ansicht ist Raeke S. 55, welcher dieses Widerrufsrecht als einen Ausfluß des römischen Rechts ansieht, wonach Schenkungen unter Ehegatten überhaupt nichtig sind.

IV. Form des Widerrufs.

Wir haben oben [1] gesehen, daß der Widerruf eine Erklärung des Berechtigten ist, durch welche er seine Willensänderung äußerlich kund tut mit der Wirkung der Rescission des Rechtsgeschäfts der Schenkung.

Gehen wir nun dazu über, die Frage näher ins Auge zu fassen, wie diese Widerrufserklärung beschaffen sein muß, um Wirkungen zu erzeugen, eine Frage, die gemäß den verschiedenen und unklaren Auffassungen über den Begriff des Widerrufs von den einzelnen Juristen verschieden gelöst ist. Zunächst sind, da es sich um eine Willenserklärung handelt, sowohl nach gemeinem Recht, wie BGB. § 116 ff. die für die Gültigkeit einer solchen aufgestellten Vorschriften bindend.

Die Erklärung darf also an keinen Willensmängeln, wie Irrtum, Zwang, Betrug, leiden oder im Scherz abgegeben sein. Außerdem muß der Wille ein erklärter sein,[2] und zwar muß die Erklärung dem Beschenkten gegenüber erfolgt sein; gesprächsweise im Familienkreise geäußerter Unwille über den Beschenkten, oder in Aussicht gestellter Widerruf begründen daher für den Erben kein Rückforderungsrecht.

Diese Ansicht, die durchaus der Billigkeit entspricht, obwohl sie quellenmäßig nicht zu begründen ist, hat zuerst Pollack [3] aufgestellt und verteidigt, ihm schloß sich auch

---

1) S. 29.

2) Stillschweigen genügt nicht, wie sich aus l. 10, C. 8,55, ergibt: „si ipse, qui hoc passus est tacuerit. silentium ejus maneat „semper".

3) S. 146.

die gemeinrechtliche Praxis[1] an, während die Juristen vor ihm nach dem Vorgange Savignys[2] auf Grund eines argumentum e contrario aus der l. 10 C. 8, 55[3] den bloßen Willen des Widerrufs von Seiten des Schenkers als genügend ansahen.

Der Ansicht Pollacks hat sich auch das BGB. § 531 angeschlossen: „Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten".

Er ist demnach eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 ff. BGB., die vollzogen ist im Augenblicke des Zugehens. Auf die Wirksamkeit des Widerrufs ist es dagegen ohne Einfluß, wenn der Schenker nach Abgabe der Willenserklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130, 2), aber nicht, wenn der Beschenkte vor dem Eingange derselben stirbt. Selbstverständlich braucht der Schenker den Widerruf nicht persönlich auszuüben, sondern er kann ihn durch einen Boten erklären lassen.

Die Willenserklärung selbst ist formlos und an keine Vorschrift gebunden; einer Angabe des Grundes bedarf es nicht; sie kann auch im Wege der Klage auf Herausgabe des Geschenkes geltend gemacht werden, da in der Klage deutlich die Willensänderung des Schenkers zum Ausdruck kommt.

Diejenigen Schriftsteller, welche, wie wir oben gesehen haben,[4] die Widerrufsbefugnis mit der daraus entspringenden Widerrufsklage identifizieren, sind infolgedessen der Ansicht, daß der Widerruf durch eine Klage, und zwar eine höchst

1) Vergl. Seufferts Archiv, Bd. 44, Nr. 183.
2) System IV, S. 232 und A. c. ebenda.
3) Siehe S. 59 A. 2; S. 18 A. 2.
4) S. 19—21.

persönliche (actio vindictam spirans) zu erfolgen habe. Über den Typus derselben herrscht jedoch Streit.[1]

Donellus (XIV. c. 26 § 2, c. 31 § 12 ff.) sieht sie als eine condictio ob causam futuram, speziell als eine condictio causa data causa non secuta an, weil nach ihm in jeder Schenkung ein stillschweigender Vertrag liegt, daß der Beschenkte die Undankbarkeit vermeiden solle. Gegen diese Ansicht, welche nicht viel Verbreitung gefunden hat, trat schon Meyerfeld und Savigny[2] auf. Denn zur Zeit der Schenkung denkt noch niemand an ein derartiges Zerwürfnis. Außerdem widerspricht sie geradezu dem aus der historischen Entwickelung des Widerrufs sich notwendigerweise ergebenden Resultate, daß das Revokationsrecht wegen Undankes eine Einschränkung des ehemals freien Widerrufsrechts ist.

Der von Savigny[3] dagegen aufgestellten Lehre, die den Widerruf begründende Klage sei eine condictio ex lege, und zwar eine actio poenam continens,[4] weil aus der Natur der Schenkung diese Art des Widerrufs durchaus nicht abgeleitet werden könne, und nur Justinians ausdrückliche Bestimmung in l. 10 C. 8, 55 sie begründe, kann man ebenfalls schon aus dem obengenannten Grunde nicht anerkennen.

---

1) Daher kann man von einer „Klage auf Widerruf", anstatt von einer solchen „aus dem Widerruf" lesen; so bei Savigny, System IV; dagegen Pollack S. 15, von Bothmer S. 357 II.

2) Meyerfeld I, S. 89, Savigny, System IV S. 231. Auch Heimbach S. 708, Pollack S. 61. A, 107 und die dort Citierten

3) IV, S. 231. Ebenso Schilling III, § 363, S. 959, Heimbach S. 708. v. Vangerow, § 139 II f. S. 202; dagegen Pollack, S. 61 A. 107, Eccius II, § 122, S. 25.

4) Vergl. hiergegen Pollack, S. 55 weil eine solche Auffassung der historischen Entwickelung entgegen ist.

Seine Auffassung ist außerdem eine Konsequenz der Nichtscheidung zwischen Widerrufsbefugnis und Widerrufsklage. Der Widerruf ist gar keine Klage, sondern eine kraft Gesetzes gestattete Erklärung. Erst aus dieser entspringt die Klage auf Rückforderung, welche nach der überwiegenden Ansicht aller Juristen eine condictio causa finita[1] ist, wie sich klar ergibt, wenn wir die Wirkungen des Widerrufs näher betrachten.

V. Wirkungen des Widerrufs.

Der Widerruf hat zur Folge Rescission des Rechtsgeschäfts der Schenkung ex nunc, denn die möglicherweise eingetretenen Wirkungen eines gültigen Rechtsgeschäfts können im Allgemeinen nicht durch gesetzliche Bestimmungen, viel weniger durch bloßen Widerruf aufgehoben werden.[1]

Daher bleiben die dem Beschenkten etwa schon tradierten Gegenstände dessen Eigentum, weil das Traditionsgeschäft unmittelbar von der Aufhebung des Rechtsgeschäfts der Schenkung nicht berührt wird. Für die Zukunft sind sie aber von diesem Moment ab sine causa, d. h. ohne rechtlichen Grund, oder besser causa finita, da der vorhanden gewesene rechtliche Grund nachträglich fortgefallen ist, im

1) So nannte schon die Glosse zu l. 7. C. 8,55 die Klage eine condictio sine causa, „cum causa redierit ad non causam". Richtiger ist es sie eine causa finita zu nennen. Dieser Ansicht: Unterholzner II, § 317, Pollack, A. 107. S. 61, v. Bothmer, S. 342, S. 358 ff., Windscheid II, § 423, 2, S. 823. Dernburg, Pandekten II, § 108, A. 15, S. 297, dagegen Baron, Pandekten § 70 III, S. 129. Letzterer nennt die sich aus dem Widerruf ergebende Rückforderungsklage eine condictio ex lege.

2) Hierin unterscheidet sich Widerruf und Nichtigkeit.

Eigentum des Empfängers und können infolgedessen mit der entsprechenden condictio zurückgefordert werden, wie jede andere Sache, durch welche jemand ungerechtfertigt auf Kosten eines anderen bereichert ist Es ist dieses also der auf allgemeinen Grundsätzen beruhende Rückforderungsanspruch, nicht eine besondere, durch l. 10 C. 8, 55 gegebene Klage.

Auch nach BGB. § 531, 2 ist die aus dem Widerruf sich ergebende Klage keine spezielle, sondern die gewöhnliche auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung:

„Ist die Schenkung widerufen, so kann die Heraus„gabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Heraus„gabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden."

Es findet also die Klage aus § 812 Satz 2 BGB. Anwendung, welche der condictio ob causam finitam des gemeinen Rechts entspricht und daher wie diese keine dingliche, sondern eine persönliche ist:

„Die Verpflichtung zur Herausgabe besteht auch dann, „wenn der rechtliche Grund später wegfällt."

Da der Widerruf Rescission des Rechtsgeschäfts der Schenkung ex nunc bewirkt, nicht die Schenkung schlechthin ungültig macht, so erstreckt sich der Rückforderungsanspruch nach gemeinem Recht, wie BGB.[1] in der Regel nur auf diejenigen Sachen, welche von dem Moment der Rechtshängigkeit[2] ab sich noch in dem Vermögen des Beschenkten

1) BGB, §§ 818, 819, 822. Im einzelnen auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung einzugehen, erübrigt sich angesichts des Themas. Vergl. besonders hierüber: Oertmann II, S. 537 ff., Planck II. S .599 ff., Windscheid-Kipp, § 421 ff. S. 808, Enneccerus I, S. 740 ff., Dernburg BGB. II, 2, S. 590 ff.

2) Nur in einem einzigen Falle wird im gemeinen Recht durch den Untergang der für das Geschenk angeschafften Sache die Bereiche-

befinden, resp. bei Verwandlung durch Umtausch ꝛc. auf diejenigen Gegenstände, durch welche er auf Grund der Schenkung noch bereichert ist, bis in Höhe der Zuwendung (§ 818. BGB.) Ist die Realherausgabe aus irgend einem Grunde nicht möglich, so ist der Wert zu ersetzen. Ist weder die Sache, noch eine Bereicherung bei dem Beschenkten vorhanden, so defiziert die Klage.

Diese Auffassung teilen auch die Quellen denn in l. 7 1, 2. C. 8. 55, heißt es:

„quidquid ex titulo donationis tenet eo die, quo „controversiae qualecumque principium jussu „judicantis datur, cogatur reddere. Ceterum quae „ante adhuc matre pacifica jure perfecta sunt „et ante inchoatum coeptumque jurgium vendita „donata mutata in dotem data ceterisque causis „legitime alienata minime revocamus."

Streitig ist in der Literatur des gemeinen Rechts, welcher Moment für die Beurteilung der Höhe der Restitution, sowie für die Haftung des Beschenkten für Schaden, Verschlechterung und Untergang maßgebend ist.

Nach obiger lex könnte man die litis contestatio als entscheidend ansehen,[1] und sie ist es auch, wenn der Schenker mittelst Klage seinen Reuruf geltend macht, so daß Erklärung und Klage zusammenfallen, mithin mit der Wider-

rung nicht aufgehoben, wenn nämlich diese Sache so unentbehrlich ist, z. B. Wohnungs- oder Lebensbedürfnisse betrifft, daß der Beschenkte, sein eigenes Geld hätte aufwenden müssen, welches er nunmehr erspart hat. Dann gilt die Ersparung als Bereicherung. Savigny System IV, § 151 S 72 und Anm. g. ebenda. Im BGB. finden wir eine ähnliche Bestimmung nicht.

1) Vergl. hierüber die bei Pollack A. 109 in der Mitte Citierten.

rufserklärung die Wirkungen derselben eintreten. Ist dieses nicht der Fall, wird die Klage erst einige Zeit nach dem Reuruf erhoben, so kann schon in einem früheren Augenblicke der Beschenkte zur Rückgabe verpflichtet werden.

Für zu weit gehend halte ich aber die Ansicht Savigny's.[1] Danach soll der Beschenkte von dem Moment, in welchem er den Entschluß zum Undank gefaßt hat, resp. dem Momente des Undankes an, dem Schenker haftbar sein, weil ersterer, falls er sich undankbar zeigt, auch von diesem Zeitpunkt an des Reurufs gewärtig sein muß. Verfügt er also nachträglich über die Sache, so handelt er dolos und hat den entstehenden Schaden zu ersetzen.

Mit Recht muß hiergegen mit Windscheid[2] geltend gemacht werden, „daß trotz seiner Undankbarkeit der Beschenkte nicht anzunehmen brauche, der Schenker werde von „diesem Widerrufsrechte Gebrauch machen."

Ich möchte dem noch hinzufügen, daß in jedem Falle die Widerrufserklärung im freiesten Belieben des Schenkers steht, die er möglicherweise trotz gröbsten Undanks des Empfängers auszusprechen nicht gewillt ist. Dann bleibt doch zweifellos für den Beschenkten Alles beim Alten. Erst durch den wirklich erfolgten Widerruf wird der Schenkung der rechtliche Grund entzogen, und erst die Kenntnis des Beschenkten hiervon, die Notifikation,[3] kann seinen späteren Verfügungen den Charakter der Unrechtmäßigkeit und Unredlichkeit geben, für welche er zu haften hat.

---

1) System IV, S. 76, S. 237; auch Sintenis S. 209, Wächter, Pandekten § 196 I. S. 434.

2) II. § 367 A. 18.

3) Vergl v. Bothmer, S. 345.

Deshalb kann ich mich der Ansicht Windscheid's und Pollack's[1] ebenfalls nicht anschließen, daß der Augenblick der bloßen Willenserklärung für die Berechnung der Höhe der Restitution maßgebend sein solle, und daß diese Erklärung genüge, um für die Zukunft den davon Betroffenen in bösen Glauben zu versetzen.

Auch das BGB. (§ 531, 2) steht auf dem Standpunkt, daß erst nach erfolgtem Widerruf ein Rückforderungsanspruch geltend gemacht werden kann.

Für die Berechnung der Höhe desselben, sowie für den Eintritt einer strengeren Haftung,[2] ist zunächst der Moment der Rechtshängigkeit maßgebend. Diesem Zeitpunkt ist in der Wirkung gleichgestellt die Kenntnis des Beschenkten von den Mängeln des rechtlichen Grundes (§ 819, 1), also Kenntnis von dem erfolgten Widerruf. Danach handelt er schon von hier an, wenn auch nicht direkt in bösen Glauben, so doch auf eigene Gefahr, falls er Verfügungen über die Zuwendung trifft, und hat den entstehenden Schaden zu ersetzen.

Ich kann die Anschauung Raecke's[3] nicht teilen, daß nach § 819, 1 der Beschenkte ersatzpflichtig sein soll, wenn er durch seine schweren Undank begründende Verfehlung einen Widerrufsgrund gegeben hat, und in Erwartung des Eintretens desselben die geschenkten Sachen zerstört, daß

---

1) Windscheid II, § 367 A. 18, Pollack, S. 64 A. 109, auch Baron, § 69 III, 1, Dernburg, Pandekten II. § 108, 3. a. S. 297.

2) Er haftet von nun an nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4), d. h. er hat eine Geldschuld zu verzinsen (§ 291) und haftet wegen Verschlechterung, Untergang, nach den Vorschriften für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit (§§ 292, 987—990.)

3) S. 65.

dagegen seine Ersatzpflicht ausgeschlossen sei, wenn er diesen Widerruf nicht erwartete. Die schweren, groben Undank begründenden Verfehlungen des Beschenkten bewirken nicht, wie bereits ausgeführt, ipso jure den Eintritt der Rechtsfolgen des Widerrufs, sondern geben dem Beschenkten erst das Recht zu widerrufen. Infolgedessen ist erst von diesem Augenblicke an dem dinglichen Übertragungsgeschäft der rechtliche Grund entzogen, und erst mit der Kenntnis davon können die Folgen des § 819 eintreten

Was die, von dem geschenkten Gegenstande bis zu dem Moment der Kenntnis des Widerrufs gezogenen Nutzungen, sowie die Surrogate dieser Sachen anlangt, so sind sie vollzurückzugewähren, soweit sie noch vorhanden sind. (§ 818, 1, BGB). Der Beschenkte haftet aber fortan für dieselben, da er bösgläubig ist, wie ein gutgläubiger Besitzer nach der Rechtshängigkeit, also für fructus exstantes, consumptos und percipiendi.

In gleicher Weise wird ihn die erhöhte Schadenshaftung eines Prozeßbesitzers treffen, d. h. er ist für allen Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß durch sein Verschulden die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann. (§ 989 BGB.)

Erwähnt sei noch, daß den Beweis hinsichtlich der Berechtigung und des Umfanges seiner Forderung der Kläger zu erbringen hat.

Was das Verhältnis des Beschenkten zu dritten Personen anbetrifft, so wird dieses durch die Aufhebung des Rechtsgeschäfts der Schenkung nach gemeinem Recht, wie BGB. nicht berührt. Hat der Beschenkte also Verfügungen getroffen, sei es auf Grund einer Schenkung, sei es auf

Grund eines Schenkungsversprechens, so bleibt er allein den Dritten daraus verhaftet.

Andererseits kann der Schenker dritte Personen, welche entgeltlich in den Besitz von Gegenständen, die zur Schenkung gehören, gelangt sind, auf Grund des Widerrufs nicht in Anspruch nehmen.

Denn die Schenkung ist ein rein persönliches Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten, der Widerruf beruht nur auf der Willensänderung des Schenkers und kann nur dem Beschenkten gegenüber erfolgen, infolgedessen kann auch die Klage nur eine actio in personam sein.[1]

Dasselbe gilt nach gemeinem Recht für die unentgeltlichen Zuwendungen.

Das BGB. § 822 macht aber bezüglich dieser eine sehr schwerwiegende Ausnahme. Hat nämlich der Dritte die Sache unentgeltlich von dem Empfänger verlangt, so ist er zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung selbst von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte, mit anderen Worten: er tritt an Stelle des Empfängers, soweit dessen Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung in Folge jener unentgeltlichen Zuwendung ausgeschlossen ist.

Bisher war nur von der Realschenkung gehandelt. Wird dagegen ein bindend abgegebenes Schenkungsversprechen, also ein dadurch ins Leben gerufenes Forderungsrecht des Beschenkten, widerrufen, so tritt in dem Moment, in welchem

---

1) Auch die Quellen bezeichnen sie als eine persönliche Klage: l. 7, 2 C. 8,55, „Ceterum quae ante adhuc matres pacifica jure perfecta sunt et ante inchoatum coeptumque jurgium vendita donata mutata in dotem data ceterisque causis legitime alienata minime revocamus. Actionem vero matris ita personalem esse voluimus". Siehe Pollack, S. 60 f.

der Reuruf erfolgt, Unwirksamkeit des Schenkungsversprechens ein. Dies um deswillen, weil es nunmehr an dem consensus der Parteien mangelt, der natürlich hier wie bei jedem anderen obligatorischen Rechtsverhältnis erforderlich ist, durch jenen Widerruf aber vernichtet wird.

Der Versprechensempfänger kann demnach nicht mehr auf Erfüllung klagen, da der Beklagte ein peremptorisch wirkendes Verteidigungsmittel entgegensetzen kann.[1]

IV. Übertragbarkeit des Widerrufs.

Der soeben besprochene Rückforderungsanspruch ist nach gemeinem Recht, (wenn auch nicht allgemein anerkannt), wie nach BGB. ein vermögensrechtlicher und geht daher auf die Erben des Schenkers über oder kann gegen die Erben des Beschenkten geltend gemacht werden. Ebenso kann er auf andere Personen im Wege der Cession übertragen werden.

Die Widerrufsbefugnis dagegen ist unvererblich, ihre Geltendmachung steht nur dem Berechtigten zu.

Auf diese in der Literatur viel umstrittene Frage soll im Folgenden eingegangen werden.

Zunächst soll von der Vererblichkeit gehandelt werden.

Bevor Pollack und v. Bothmer mit ihren Ausführungen über die Unvererblichkeit der Widerrufsbefugnis im Gegensatz zu der vererblichen Rückforderungsklage in die Öffentlichkeit traten, lehrte die überwiegende Mehrzahl der gemeinrechtlichen Juristen, daß die Widerrufsklage an sich aktiv wie passiv unvererblich, eine actio vindictam spirans

1) Vergl. Windscheid II, § 367, A. 17, S. 521.

sei,[1] aber ausnahmsweise durch die erfolgte Widerrufserklärung, der Willensänderung des Schenkers, vererblich gemacht werde, nicht erst durch die litis contestatio.[2] Diese Ansicht, welche viel Widerspruch und verschiedene Behandlung erfahren hat,[3] gründet sich neben der oben citierten lex auf l. 10, C. 8,55 die folgendermaßen lautet: „hoc tamen „usque ad primas personas tantummodo stare censemus, „nulla licentia concedenda donatoris successoribus

1) Dieses schloß man aus l. 7, 3. C. 8,55: „actionem vero matris „ita personalem esse voluimus, ut vindicationis tantum „habeat effectum," indem man vindicatio gleich vindicta setzte. Diese Ansicht läßt sich mit Pollack S. 57, A. 97 leicht widerlegen, denn wir müssen annehmen, daß vindicatio, in der üblichen Bedeutung der actio personalis gegenüberstehen soll, während die vindicta, d. h. die zu ihrer Verfolgung gegebene Klage, an sich schon rein persönlich ist, sodaß ein Gegensatz, wie er zweifellos durch die Gegenüberstellung des Satzes mit „ut" zu der Bestimmung, daß „actionem personalem esse," beabsichtigt ist, dann nicht vorhanden wäre. Vergl. ferner unten S. 73. Für actio vind. spirans ist der größte Teil der gemeinrechtlichen Doktrin, so Schilling III, S. 972. A. uu. Unger II, S. 214 A. 11, Puchta, Pandekten § 70, S. 109, Wächter II, S. 434, § 196 B.

2) So Donellus, lib. XIV, c. 29 § 8 ff., Savigny, System IV, S. 232, Sintenis II, S. 209, Windscheid, Pandekten II, § 367 A. 19, S. 522, Wächter II, S. 434, § 196 B. Andere fordern gerichtliche Erklärung: vergl. darüber Pollack, A. 95 am Schluß. Gegen die Vererblichkeit vor der litis contestatio; Schilling III, S. 972. A. uu., weil tacere in l 10. C. 8,55 nur als gerichtliches Schweigen aufgefaßt werden könne. Ebenso Unger II, S. 214 A. 11. Mühlenbruch II, S. 484, § 442, Wendt § 66, S. 179 als nicht quellenmäßig, denn die Worte „huiusmodi querimoniarum primordium instituere" in l. 10. C. 8,55 könne man nur auf die gerichtliche Klageerhebung beziehen. Arndts, § 104 A. 1, Bekker, § 103, S. 189 A. m.

3) Die meisten nehmen aktive wie passive Unvererblichkeit an. Siehe darüber Pollack, A. 95. Litteratur; einige halten sie nur für aktiv unvererblich, passiv dagegen nicht beschränkt; wieder andere fordern litis contestatio um die Unvererblichkeit zu begründen. Ebenda A. 2; einige sehen sie als a. vind. spirans, andere für eine Pönalklage an. Siehe A. 1 oben.

„huiusmodi querimoniarum primordium instituere. „Etenim si ipse, qui haec passus est, tacuit, silentium „ejus maneat semper et non a posteritate ejus succitari „concedatur vel adversus ipsum, qui ingratus esse „dicitur, vel adversus ejus successionem. Aus den Worten „si ipse, qui haec passus est, tacuit, silentium „ejus maneat semper" zog man durch argumentum e contrario den Schluß, daß dem Erben die Klage zustehen müsse, wenn der Schenker zu der Undankbarkeit nicht geschwiegen habe.

Um nun die Abweichung bezüglich der Vererblichkeit der Klage vor der litis contestatio von dem allgemeinen Prinzip, daß persönliche Klagen erst durch diese vererblich werden, zu begründen, gibt ihr Savigny die Natur einer actio poenalis, einer unvererblichen Strafklage, welche ausnahmsweise vererblich wird, wenn der Berechtigte geäußert hat, sie anstellen zu wollen.

In den Quellen findet sich jedoch keine Begründung hierfür. Gegen die Auffassung als Poenalklage spricht aber die historische Entwickelung, nach welcher sich der Widerruf als ein Recht, ein Schutz des Schenkers, ergibt, der in favorem des Schenkers, nicht in odium des Beschenkten zugelassen ist.[1]

Daß Justinian diese Auffassung gehabt hat, geht hervor aus l. 10, 1 C. 8,55.

„ex his enim tantummodo causis . . . . . etiam „donationes in eos factas everti concedimus, ne „sit cuidam licentia et alienas res capere et „fragilitatem ridere donatoris, et iterum ipsum

1) Pollack, S. 56.

„donatorem suasque res perdere et praefatis malis „ab ingrato donationis acceptore adfici.“

In der Litteratur hat daher die Auffassung Savigny's von der Widerrufsklage als actio poenalis nicht viel Anhänger gefunden und es ist mehr ihr Charakter als actio vindictam spirans betont.[1]

Das Resultat dieser älteren gemeinrechtlichen Doktrin ist zwar durchaus zu billigen, aber durch die Vermischung der Widerrufsbefugnis mit der Widerrufsklage kommen diese Schriftsteller zu dem falschen Schluß, eine Unvererblichkeit der Klage anzunehmen, um ihr daher den Charakter als actio vindictam spirans oder actio poenalis beizulegen. Die Schenkung begründet jedoch ein rein persönches Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem, und hieraus folgt, daß der ohne Widerruf erfolgende Tod einer der Parteien nachträgliche Rechtshandlungen dritter Personen ausschließt, daß also weder die Erben des Gebers gegen den Beschenkten, noch der Schenker selbst gegen die Erben des Empfängers aus diesem rein persönlichen Verhältnisse vorgehen können.

Hat nun der Schenker bei Lebzeiten seinen Widerruf dem Beschenkten gegenüber erklärt, so ist das Rechtsgeschäft der Schenkung zwischen beiden aufgehoben, und als Folge davon ein vermögensrechtlicher Anspruch entstanden, welcher als solcher natürlich aktiv wie passiv vererblich ist. Ist dagegen ein Reuruf nicht erfolgt, so besteht die Schenkung in perpetuum weiter, denn der Erbe setzt den Willen des Erblassers nicht fort, kann mithin nicht den Willen desselben ändern und widerrufen.

1) Vergl. S 70 und A. 1 ebenda.

Dieses Resultat stimmt mit der Auffassung der Quellen überein. In l. 1, C. 8,55 und l. 10 eod. ist nicht von einer Klage, repetitio donati, sondern von der subjektiven Widerrufsbefugnis des Schenkers (revocatio donationis) die Rede, und von letzterer wird gesagt, daß sie „tantum „stabit inter ipsos qui liberaliter dederunt" resp. „tantummodo usque ad primas personas stare." Durch die Worte „si ipse, qui hoc passus est tacuit, silentium „ejus maneat semper", wollte Kaiser Justinian, wie auch Savigny schon betont hat, ausdrücklich festsetzen, daß jede Unterbrechung des Stillschweigens seitens des Gebers genügt, um den Schenker oder dessen Erben das Widerrufsrecht auch gegen die Erben des Beschenkten zu erhalten.[1] Bezüglich der l. 7,3, l. 8,55 „actionem vero matris ita „personalem esse volumus, ut vindicationis tantum „habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur „heredi", welche Worte anscheinend im Widerspuch mit der hier vertretenen Ansicht stehen, ist zu sagen, daß ihre Vorschriften sich nur auf die mater donatrix beziehen. Außerdem ist der hier gebrauchte Ausdruck „actio", Rückforderungsrecht, identisch aufzufassen mit dem Ausdruck „revocatio donationis, Widerrufsrecht, in l. 10, l. c., weil „in allen „diesen Fällen überhaupt nicht von Anspruch, sondern von

1) Die Frage, ob der Schenker gegen die Erben des Beschenkten ein Widerrufsrecht habe, ist bestritten. Dieser Ansicht ist Löhr, Archiv 7. S. 273, welcher aus l. 10. C. 8,55 folgert, daß der Schenker selbst gegen Beschenkten und dessen Erben klagen könne, weil den Erben des Schenkers dieses Recht verfügt ist. Er begründet seine Meinung damit, daß von einer poena keine Rede sei, die Erben des Beschenkten aber durch das Geschenk reicher seien. M. E. beruht auch diese ganze Streitfrage nur auf der falschen Vorstellung, welche man von dem Begriff des Widerrufs hatte. Vergl. Windscheid II, § 367 A. 19, v. Bothmer, Quellenexegese S. 348 ff., Pollack, S. 53 ff. A. 93

„dem Rechte, eine Willenserklärung zurückzunehmen, be„ziehungsweise umzustoßen die Rede ist, wodurch erst der „Anspruch begründet werden soll".[1] Derselben Ansicht war Savigny, indem er schreibt, daß die unbestimmten Aus„drücke der l. 7, „durch die bestimmteren der l. 10 erklärt „werden müssen."[2]

Auch das BGB. steht bezüglich der Vererblichkeit des Widerrufs auf dem hier gewonnenen Standpunkte.

Der Widerruf ist in der Regel ein streng persönliches Recht[3] des Schenkers und steht daher dessen Erben nicht zu, wohl aber einem im speziellen Falle mit gehöriger Vollmacht ausgerüsteten Stellvertreter.[4] Andererseits kann er gegen die Erben des Beschenkten nach dessen Tode nicht mehr geltend gemacht werden, er ist also aktiv, wie passiv unvererblich (§ 530,2, § 532, Satz 2.)[5]

Nur in einem Falle, der für das G. R. bestritten ist, gewährt das BGB. (§ 530, 2) selbständig[6] den Erben ein Widerrufsrecht, nämlich wenn der Beschenkte vorsätzlich oder widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat.[7]

In der Litteratur ist dieses Recht vielfach als Ausnahme des Prinzips der Unvererblichkeit bezeichnet worden.[8] Ich kann dieser Ansicht nicht beistimmen, möchte ihn viel-

1) Vergl. Windscheid, actio S. 29.

2) Savigny, System IV, § 169 A. c.

3) Motive II, S. 303. Er ist daher auch unpfändbar.

4) cf. Cosack, § 139 IV. 4. a. S. 494.

5) Ist die Willenserklärung dagegen vor dem Tode des Schenkers abgegeben, so ist sie gültig; andererseits ist sie ungültig, wenn sie dem Beschenkten nicht vor seinem Tode zugeht cf. S. 60.

6) Motive II S. 303.

7) Vgl. § 2339 Nr. 1 und 2, wo dieselben Fälle Erbunwürdigkeit begründen.

8) Leske S. 222, Oertmann II, S. 251.

mehr als einen, von dem allgemein dem Schenker gegebenen Widerruf unabhängigen, selbständig den Erben verliehenen Widerrufsgrund charakterisieren, der allerdings nicht unserem oben aufgestellten Begriff des Widerrufs genügt, und deshalb auch besser als Rückforderungsanspruch der Erben zu bezeichnen wäre. Meiner Meinung nach bedeutet diese Bestimmung keine Durchbrechung des Prinzips des Widerrufs.[1]

Die Widerrechtlichkeit wird, das ist unbestritten,[2] ausgeschlossen durch Notwehr des § 227, nach Oertmann auch, m. E. mit Recht, durch unverschuldeten Notstand im Sinne des Strafgesetzbuches.

Das den Erben gegebene Widerrufsrecht ist aber nicht nur auf diese unmittelbar beschränkt, sondern auch deren Rechtsnachfolgern zuzugestehen, falls aus irgend einem Grunde erstere es nicht ausgeübt haben. Das Widerrufsrecht des Ehegatten dagegen, welcher für den nichtschuldigen Teil im Scheidungsprozeß erklärt ist, ist aktiv wie passiv ohne Ausnahme unvererblich. (§ 1584 Abs. 2.)

---

1) Auch Raeke, S. 71, sieht dieses Widerrufsrecht nicht als eine Ausnahme an, aber aus anderem Grunde. Er rechtfertigt es damit, daß fest angenommen werden kann, der Getötete würde in diesem Falle selbst sein Widerrufsrecht ausgeübt haben, und nur durch die Tötung sei er davon abgehalten worden. Deshalb wäre es gegen jede ratio legis in diesem Falle der größten Undankbarkeit den Beschenkten frei zu lassen.

Gerade aus diesem Grunde aber glaube ich, daß dem Erben selbständig ein Rückforderungsrecht, nicht ein Widerrufsrecht, verliehen ist.

2) Planck II, S. 293, Oertmann II, S. 252; auch Dernburg BGB. II, S. 132 scheint sich dieser Meinung anzuschließen, bemerkt aber mit Recht, „daß nicht leicht vorsätzliche Tötung die schlechthin „gebotene Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff des „Schenkers, dem man verpflichtet ist, bilden wird".

Ist der Widerruf von dem Schenker vor seinem Tode erklärt und dem Beschenkten vor dessen Tode zugegangen, so geht der dadurch begründete vermögensrechtliche Rückforderungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen auf den Erben über, was in § 531, 2 noch ausdrücklich betont wird.

Bezüglich der Frage nach der Cessibilität des Widerrufs finden wir im BGB. keine speziellen Vorschriften, müssen jedoch aus der Natur des streng persönlichen Widerrufs dieselben Grundsätze hierfür abstrahieren, wie für die Vererblichkeit.

Der Widerruf ist demnach nicht übertragbar.[1]

Im G. R. ist diese Frage nur spärlich behandelt und infolge der Verwechselung von Widerrufsbefugnis und Widerrufsklage nur allgemein im Zusammenhange mit der Cessibilität der actiones vindictam spirantes erörtert worden.

Nach unserem aufgestellten Prinzip ist die Widerrufsbefugnis im G. R. natürlich ebensowenig cessibel, wie vererblich. Der Rückforderungsanspruch ist übertragbar.

VII. Ausschluß des Widerrufs.

Es bleibt zum Schluß übrig, auf diejenigen Fälle einzugehen, in welchen

a) trotz Vorhandenseins aller Voraussetzungen eines wahren Widerrufsrechtes die Entstehung desselben prinzipiell ausgeschlossen ist, und

b) trotzdem ein solches Widerrufsrecht gültig ent-

1) Ebenso Windscheid-Kipp II, § 367 S. 522.

standen ist, es demnach wirkungslos wieder untergeht.

Prinzipiell soll nach einer Lehre — allerdings nicht der herrschenden — des gemeinen Rechts, der ich ebenfalls nicht zustimme, der Widerruf ausgeschlossen sein bei den remuneratorischen Schenkungen.[1]

Eine solche ist eine Zuwendung, bei welcher ausnahmsweise die causa in Betracht kommt, denn sie wird gemacht als nachträgliche Vergeltung wegen der Verdienste des Beschenkten um den Schenker, um Dritte oder um die Allgemeinheit.[2] Es gehören hierher: die Schenkungen zur Belohnung für erwiesene Gefälligkeiten, sei es, daß einer Liebespflicht oder einer solchen schuldiger Dankbarkeit und Pietät entsprochen wird. Sie gelten nach der herrschenden Meinung als Schenkungen,[3] werden wie diese behandelt und

1) Litteratur über die remuneratorischen Schenkungen siehe: Harburger, Die remuneratorische Schenkung 1878. Außerdem die bei Windscheid, § 368, A. 10 Citierten. Ferner Dernburg, Pand. § 108 S. 192 und 198; Pollack S. 205 ff., Literaturangabe Anm. 7.

2) Anders die infolge einer naturalis obligatio, einer natürlichen Verbindlichkeit, im Gegensatze zu einer civilis obligatio, rechtlichen Verbindlichkeit, gemachte Zuwendung. Sie ist keine Schenkung, denn der Begriff der Liberalität fehlt. Andererseits besteht aber keine rechtliche Verpflichtung zur Leistung, das einmal gegebene kann aber nicht zurückgefordert werden. Vergl. Windscheid II, § 287—289. Dernburg, II, § 4—5 und die dort Citierten.

3) Einige sehen sie nicht als Schenkung an, sondern gewissermaßen als ein entgeltliches Geschäft, zur nachträglichen Abgeltung für geleistete Dienste, indem sie allerdings ohne gesetzlichen und sachlichen Halt, ein besonderes Institut der donatio remuneratoria entwickelten; andere haben eine Mittelmeinung, indem sie entweder nur für manche Fälle der Undankbarkeit den Widerruf ausschließen, oder indem sie die für die Schenkung geltenden Rechtsregeln nur teilweise zulassen. Puchta, Pand. § 71 N. c. nimmt die Irrevokabilität wegen Undanks in keinem Falle an. Vergl. Savigny, System IV, S. 88 und A. a. 6.; Pollack, S. 205 ff.; (in Anm. 345, Litteraturangabe); Windscheid II, 368, A. 11.

sind den Vorschriften über dieselben unterworfen. In einzelnen Beziehungen sind sie jedoch günstiger gestellt, so bezüglich der Insinuation[1] und nach Ansicht einiger Juristen auch bezüglich des Widerrufs wegen grober Undankbarkeit, welcher bei ihnen unzulässig sein soll. Unbestritten ist Letzteres in der Literatur, wenn die Schenkung erfolgt zur Belohnung für Errettung aus einer Lebensgefahr auf Grund der l. 34, § 1. D. 39, 5 (aus Paulus sententiae V. 11. § 6; wo sie auf Ausschluß der Beschränkung der l. Cincia ging,) welche lautet: „si „quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et ali„quid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevoca„bilis est: non merces eximii laboris appellanda est, „quod contemplatione salutis certo modo aestimari non „placuit."

Aber diese lex hat verschiedene Deutungen erfahren.

Die herrschende Lehre[2] nimmt an, daß die Irrevokabilität sich nur auf die Schenkung zur Belohnung für Errettung aus Räuber- und Feindeshänden, welche Fälle die Quellenstelle ausdrücklich erwähnt, beziehe, also auf die Schenkung wegen Rettung aus einer Lebensgefahr, und daß sie daher eine Ausnahme des allgemeinen Prinzips der Widerruflichkeit bilde.

Andere[3] dagegen halten die lex nur für ein besonderes deutliches Beispiel einer remuneratorischen Schenkung, weil sie aus einer Sammlung von Rechtsquellen in das corpus

1) Schenkungen über 500 solidi ohne gerichtliche Insinuation sonst ungültig, hier gültig.

2) Savigny, System IV, S. 235; Heimbach S. 708; Arndts § 83, 1; Windscheid, II. § 368 S. 525; Dernburg, II, § 108 S. 292, 298; RG. Entscheidung in Civilsachen Bd. IV, S. 121; Wächter § 196 S. 436; Dertmann II, S. 253.

3) Schilling III S. 960; Bangerow I. S. 182; Regelsberger, I, S 620 § 170; Harburger S. 96 ff.

juris aufgenommen sei. Das Wesen der remuneratorischen Schenkung sei außerdem ein derartiges, daß sie eine Dankbarkeit des Schenkens für eine Leistung voraussetze, für welche die Schenkung des Äquivalent bilden solle. Daher könne der Beschenkte nicht nochmals zur Dankbarkeit verpflichtet werden.

Unter den Anhängern dieser Ansicht gehen die Meinungen aber wieder auseinander.

So halten einige die Revokabilität in allen Fällen für ausgeschlossen, andere nur, wenn die Gabe den geleisteten Diensten entspricht, wieder andere wollen es nur anwenden auf die remuneratorische Schenkung für in Geld unschätzbare Dienste 2c.[1]

Demgegenüber ist zu Gunsten der ersteren Ansicht geltend zu machen, daß die Ausdehnung der Irrevokabilität auf alle remuneratorischen Schenkungen eine willkürliche und in den Quellen nicht begründete ist, daß jede Schenkung ihrem ganzen Wesen nach unabhängig ist von der causa — eine solche wird bei jeder Schenkung mehr oder weniger vorhanden sein — und nur ein Akt der Liberalität ist, und daß daher auch bei der remuneratorischen Schenkung auf das Motiv kein Gewicht zu legen ist.

Der Widerruf ist also im gemeinen Recht nur ausgeschlossen bei einer Schenkung zur Belohnung für Errettung aus einer Lebensgefahr.

Im Übrigen sind die remuneratorischen Schenkungen wie jede andere wegen groben Undanks des Beschenkten widerruflich.

Nach dem BGB. gelten ebenfalls für die belohnenden Schenkungen keine Besonderheiten.

---

1) Vergl. hierüber Windscheid, II, § 368 A. 11.

In mehrfacher Hinsicht[1] dagegen werden, abweichend von anderen Schenkungen, diejenigen behandelt, durch welche „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu neh- „menden Rücksicht“ entsprochen wird.

Von diesen besonderen Bestimmungen interessiert uns hier nur der in § 534 gegebene Ausschluß des Widerrufs bei derartigen Schenkungen. Während der I. und anfänglich auch der II. Entwurf die remuneratorischen Schenkungen, selbst diejenigen, welche zur Belohnung für eine Errettung aus Todesgefahr gemacht wurden, nicht berücksichtigte, weil „genügend Gründe zu einer abweichenden Behandlung zumal „im Hinblick auf die Begrenzung und das Gewicht der „Widerrufsgründe nicht vorliege,“[2] wird jetzt dem Ermessen des Richters ein weiter Spielraum gelassen.[3]

Der durch das Gesetz gegebene Begriff ist einerseits weiter als derjenige der bisherigen remuneratorischen Schenkung, andererseits gehören hierher diejenigen Schenkungen, die zwar eine, nicht durch Rechtspflicht, wohl aber durch Sitte und Anstand geforderte Belohnung dar- stellen, wie Weihnachtsgeschenke, Trinkgelder an Bedienstete, Hochzeits-, Geburtstagsgaben 2c.

---

1) Solche Fälle sind außer § 534 der § 1446: Der Mann bedarf bei derartigen Verfügungen aus dem Gesamtgut nicht der Genehmi- gung der Frau; § 1641, 2: der Vater kann sie in Vertretung des Kindes machen, während bei anderen Schenkungen ihm dieses Recht nicht gewährt ist. Nach § 1804 Satz 2: ebenso der Vormund; nach § 2113, 2, Satz 2: der Vorerbe hinsichtlich eines Erbschaftsgegenstandes; nach § 2205: der Testamentsvollstrecker.

2) Motive II, S. 303.

3) Durch die Reichstagskommission wurde der Ausschluß bei der- artigen Schenkungen auch auf das Rückforderungsrecht des verarmten Schenkers nach § 528 ausgedehnt. Auf die Einrede der Bedürftigkeit nach § 519, findet es es dagegen keine Anwendung.

Die Schenkung zur Belohnung für Rettung aus Todesgefahr muß man unter Umständen ebenfalls hierher rechnen.

Derartige Schenkungen, wie die hier aufgezählten, verpflichteten gewöhnlich nicht zur Dankbarkeit, daher ist auch der Widerruf wegen Undankbarkeit in diesen Fällen ausgeschlossen.

Inwiefern aber durch eine solche Schenkung einer sittlichen oder Anstandspflicht genügt wird, hat der Richter zu ermessen, und er wird zu erwägen haben, ob die erwiesene Liberalität nicht erheblich größer ist, als die sittliche Verpflichtung verlangt. In diesem Falle wird ein Widerruf zu gestatten sein, während anderenfalls ein Widerrufsrecht nicht zur Entstehung gelangen kann.

Da nach § 1584,1 Satz 1 der unschuldige Ehegatte wegen der Ehescheidung die sämtlichen, während der Ehe und des Brautstandes gemachten Schenkungen widerrufen kann, und nur die Vorschriften des § 531 hierfür Anwendung finden sollen, so erstreckt sich dieses Recht auch auf diejenigen Zuwendungen, durch welche einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen worden ist. Ein Ausschluß des Widerrufsrechts findet in diesem Falle nicht statt.[1]

Bisher ist von denjenigen Fällen gehandelt worden, in welchen ein gültiges Widerrufsrecht, trotz Vorliegens aller notwendigen Voraussetzungen eines solchen überhaupt nicht zur Entstehung kommen kann.

---

1) Vergl. Planck IV, S. 336 zu § 1584 Nr. 1.

Ist dagegen ein Widerufsrecht gültig existent geworden, so sind vier Möglichkeiten vorhanden, um es wirkungslos wieder untergehen zu lassen, nämlich: Tod des Schenkers oder des Beschenkten (§ 530,2, § 532, Satz 2,), Verzeihung (§ 532,1), Verzicht des Berechtigten (§ 533) und Nichtausübung während einer bestimmten Frist (§ 532,1).

Der erstere Fall, Untergang durch Tod des Schenkers oder des Beschenkten, ergibt sich aus der Unvererblichkeit des Widerrufs und ist dort näher behandelt worden.[1]

Der Tod schließt den Widerruf allgemein und schlechthin aus; die drei letzten Voraussetzungen dagegen betreffen nur den speziellen Fall und lassen die spätere Möglichkeit des Widerrufs aus anderen Gründen offen.

Verzeihung und Verzicht sind nicht identisch, in der Verzeihung wird aber häufig ein Verzicht zu finden sein.

Gemeinsam haben beide, daß sie erst vorgenommen werden können, wenn die schwere Verfehlung dem Widerrufsberechtigten bekannt geworden ist[2] Während aber die Verzeihung eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Kundgebung, ein tatsächlicher Vorgang,[3] ist, der, wie Oertmann

---

1) S. 69 ff.

2) Der Verzicht nach § 533, 2; verzeihen kann man jemanden erst, wenn man dessen Vergehen kennt.

3) Vergl. Mot. II, S. 304. Diese überlassen die Entscheidung der Frage, ob der Verzeihung nur ein tatsächlicher Charakter beiwohne, oder ob sie als Rechtshandlung aufzufassen sei, bei welcher die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung finden, der Praxis. Während Planck II, S. 294, Oertmann II, S. 252, Cosack I, S. 499, Kuhlenbeck, Kommentar S. 366, sich der ersteren Ansicht anschließen, scheint Dernburg, BGB. II S. 133, 134 sie als eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzusehen, indem er sagt „die Verzeihung muß eine ausdrückliche sein, sie kann auch stillschweigend geschehen. Sie ist eine Willenserklärung, und daher kann ein Wahnsinniger sie nicht

(Nr. 1 zu § 532) sagt, den Beweis erbringt, daß die „Beleidigung hier nicht mehr tief genug geht, um von „rechtswegen berücksichtigt zu werden", und welcher daher nur von dem Berechtigten, wenn auch stillschweigend, vorgenommen werden kann, ist der Verzicht dagegen ein Rechtsgeschäft und kann infolgedessen durch einen Stellvertreter oder durch den Erben[1] vollzogen werden.

Bestritten ist allerdings, ob der Verzicht vertragsmäßig geschehen müsse, oder ob eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung genüge. Das Gesetz, sowie die Motive sprechen sich nicht darüber aus. Ich halte ihn, übereinstimmend mit Planck[2] für einen Vertrag, weil nach § 305 für das BGB. das Prinzip der Vertragsnatur aufgestellt ist.[3]

Er ist demnach eine Willenserklärung, welche der Annahme bedarf und als unter den § 151 fallend anzusehen ist, sodaß die Annahme stillschweigend erfolgen kann.[4]

Wenn Oertmann II. S. 253 die Analogie des § 144 (Untergang eines Anfechtungsrechts durch Bestätigung, also durch eine einseitige empfangsbedürftige

vornehmen". Ich halte sie ebenfalls für einen tatsächlichen Vorgang, weil sie im Gesetz im Gegensatz zu dem rechtsgeschäftlichen Verzicht gestellt ist. „Verzeihung ist ein ethischer, nicht ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand". (Planck).

1) Cosack I, S. 494, Oertmann, S. 253.

2) II. S. 294.

3) Schon in der Kommission war hier beantragt, die einseitige Erklärung gegenüber dem Gläubiger für den Verzicht des Schuldners auf eine Einrede genügen zu lassen. Der Antrag wurde aber abgelehnt, und die Entscheidung der Praxis überlassen, weil eine einheitliche Durchführung nicht möglich wäre.

4) So auch Cosack I, S. 494. Kuhlenbeck, Kommentar S. 366.

Willenserklärung) heranzieht, um den Verzicht als eine einseitige Willenserklärung hinzustellen, „weil es sich im „Grunde bei der Widerruflichkeit auch um eine Anfechtung „handele", so kann ich ihm nicht beistimmen, denn m. E. ist der Widerruf nach der ganzen, oben dargelegten Entwickelung keine Unterart der Anfechtung, sondern ein Institut sui generis.

Bezüglich des Widerrufsrechtes des unschuldigen Ehegatten aus Anlaß der Ehescheidung trifft das BGB. keine besonderen Bestimmungen, ob dasselbe ebenfalls durch Verzicht oder Verzeihung untergeht. Jedoch müssen wir beides auch hier wohl als zulässig ansehen.[1]

Außerdem erlischt das Widerrufsrecht wegen schwerer, groben Undank begründender Verfehlung, „wenn seit dem Zeitpunkt, in welchem der „Widerrufsberechtigte von dem Eintritt der Voraussetzungen „seines Rechts Kenntnis erlangt hat" (§ 532, 1) resp. bei dem Widerruf aus Anlaß der Ehescheidung, „wenn seit „Rechtskraft des Scheidungsurteils ein Jahr verstrichen ist" (§ 1584, 2), während im gemeinen Recht der Widerruf an keine Frist gebunden ist.

Dieses Jahr ist keine Verjährungsfrist, sondern eine Präklusivfrist, d. h. sie unterliegt nicht den Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung, „weil das Widerrufsrecht „selbst kein Anspruch ist."[2] Seine Berechnung richtet sich

1) Planck IV, S. 336, A. 4 zu § 1584 hält den Verzicht erst nach Erhebung der Scheidungsklage für zulässig, in der Erwägung, daß die Vorschrift des § 1584 auf der sittlichen Natur der Ehe beruht, und daß nach § 533 BGB. erst nach Kenntnis des Widerrufsberechtigten von dem groben Undank auf den Widerruf verzichtet werden kann.

2) Motive II, S. 504.

nach § 188; es ist maßgebend der Ablauf des Kalendertages, an welchen vor einem Jahre der Schenker Kenntnis von der Verfehlung erhielt, resp. des Tages der Rechtskraft des Scheidungsurteils. Für den Erben beginnt die einjährige Frist von dem Tage an zu laufen, an welchem er Kenntnis von seiner Erbenqualität und außerdem Kenntnis erhält von der vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung des Erblassers, oder dessen Verhinderung am Widerruf von Seiten des Beschenkten.

Unzweifelhaft liegt der Grund dieser Art des Widerrufsunterganges in der nicht nachweisbaren, aber durch das andauernde Schweigen begründeten Annahme einer Verzeihung seitens des Berechtigten.

Der aus dem Widerruf sich ergebende Rückforderungsanspruch unterliegt der gewöhnlichen, dreißigjährigen Verjährung.

Litteratur.

1. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 8. Auflage.
2. Baron, Pandekten, 5. Auflage.
3. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1889.
4. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts Bd. I. 2. Aufl.
5. Bremer, „Lehre von der Infinuation der Schenkung" in den Jahrbüchern für Dogmatik XIII. Bd. S. 89—164
6. v. Bothmer, „Die rechtliche Konstruktion des Widerrufs gültiger Schenkungen, ein Beitrag zur richtigen Auffassung der Schenkung." im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 61, S. 335—370.
7. Burckhard, Zum Begriff der Schenkung, Erlangen 1899.
8. Burckhard, Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem, Würzburg 1891.
9. Burckhard, Über Schenkungsannahme, Würzburg 1892.
10. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Aufl. 1899.
11. Dernburg, Pandekten, 5. Aufl.
12. Dernburg, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl.
13. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs, 1. und 2. Aufl.
14. Donellus, Commentarii de Jure civili Volumen VIII.
15. Endemann, Einführung in das Studium des bügrerlichen Gesetzbuches, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1899.
16. Enneccerus und Lehmann, Das bürgerl. Recht 1900.
17. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 4.
18. Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.
19. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl.
20. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten Bd. I 1897.
21. Harburger, Die remuneratorische Schenkung 1875.

22 Heimbach, in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. S. 641—722.
23. Ihering, Der Zweck im Recht 1893 Bd. 1.
24. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte.
25. Kuhlenbeck, Kommentar zum BGB.
26. Kuhlenbeck, Von den Pandekten bis zum BGB.
27. Lenel, „Lehre von der Voraussetzung" im Archiv für die civil. Praxis 79. Bd. (neue Folge 29. Bd) S. 49—107.
28. Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des preußischen Allgemeinen Landrechts 1898.
29. Löhr, „Civilistische Bemerkungen" im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 7. S. 273.
30. Marezoll, „Über die Insinuation der Schenkungen nach dem neuesten römischen Recht" in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd I 1828, S. 1—46.
31. Matthiaß, Lehrbuch des BGB. 1899.
32. v. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht 1835.
33. Mommsen, fragmenta Vaticana 1861.
34. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Rechts für das deutsche Reich, Amtliche Ausgabe Bd. II und IV
35. Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB. 1899.
36. Mühlenbruch, Pandekten 1844.
37. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1899. (Kommentar zum BGB.)
38. Odenthal, Über Cessibilität und Vererblichkeit des Widerrufsrecht inbezug auf Schenkungen, Dissertation 1897.
39. Herbert Pernice: „Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen," Dissertation 1882.
40. Alfred Pernice, „Labeo" Bd. III.
41. Alfred Pernice, „Parerga," Zeitschrift für die Savigny-Stiftung; roman. Abteilung Bd. IX, S. 195 ff
42. Planck, Kommentar zum BGB. Bd. II und IV 1898.
43. Pollack, Der Schenkungswiderruf insbesondere seine Vererblichkeit 1886.
44. Protokolle der zweiten Lesung Bd. II und IV.
45. Puchta, Institutionen Bd. II. 9. Aufl.
46. Puchta, Pandekten, 12. Aufl.
47. Raeke, Der Widerruf der Schenkungen nach gemeinem Recht und BGB. Dissertation 1900.
48. Reatz, „Die Schenkung" in den Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung eines Entwurfes des BGB. 1890.
49. Savigny, „lex Cincia" in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. IV. S. 1—59.

50. Savigny, System des heutigen römischen Rechts 1841 Bd. IV.
51. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Rechts Bd. III 1846.
52. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 1897.
53. v. Schröter, „Über die mortis causa donatio," Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. II 1829. S. 97—152.
54. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. I, 2. Aufl. 1860.
55. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 4. Aufl. Bd. II.
56. Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Herausgegeben von Huschke 1840.
57. v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.
58. Voigt, Über die condictiones ob causam 1862.
59. Wächter, Pandekten.
60. Wendt, Pandekten 1888
61. Wendt, Neurecht und Gebundenheit 1878.
62. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts; 8. Aufl.
63. Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. 1900.